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

TOMO 334

Volumen 3

2011

**SITIO WEB DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

<http://www.csjn.gov.ar/> • <http://www.cij.csjn.gov.ar/>

• **NOVEDADES**

• **JURISPRUDENCIA**

- CONSULTA TEMÁTICA EN SUMARIOS-FALLO Y DICTAMEN
Parte de los fallos elegidos para esta base integran la presente publicación

- CONSULTA DE TEXTOS FALLOS COMPLETOS
Sin sumarios

- LISTA DE SENTENCIAS RECIENTES

La presente obra se complementa con un CD con la jurisprudencia citada en el presente tomo, dictada por los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período octubre-diciembre del año 2011. En el mismo se puede acceder al texto completo digitalizado de los fallos para facilitar su consulta.

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

FALLOS

DE LA

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

DE

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

PUBLICACION A CARGO DE LA SECRETARIA
DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

TOMO 334 — VOLUMEN 3

OCTUBRE - DICIEMBRE

LA LEY S.A.E. e I.

Tucumán 1471 (1050) Buenos Aires

2011

Corte Suprema de Justicia de la Nación.

334 - III Secretaría de Jurisprudencia: Fallos de la Corte Suprema. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012.

960 p. + CD-ROM; 24×16 cm.

ISBN 978-987-1625-20-8

1. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2. Fallos. I. Título.
CDD 347.077

Copyright (c) 2012 by Corte Suprema de Justicia de la Nación
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.
Impreso en la Argentina
Printed in Argentina
I.S.B.N. 978-987-1625-20-8

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA

OCTUBRE

ASTIZ, ALFREDO IGNACIO *s/* EXTRADICIÓN

EXTRADICION.

Corresponde declarar improcedente el pedido de extradición formulado por la República de Francia respecto del imputado por los delitos de complicidad en la detención ilegal seguida de torturas, pues al no subsistir en las circunstancias actuales, ninguno de los condicionamientos materiales a los que la ley 24.767 sujeta la procedencia del pedido de extradición en supuestos en que el delito que motiva la solicitud extranjera “cayere también bajo la jurisdicción argentina”, tiene plena operatividad la regla de preferencia que, a favor de la jurisdicción de la República Argentina, consagra el sistema legal (art. 5º, último párrafo).

EXTRADICION.

Corresponde declarar improcedente el pedido de extradición formulado por la República de Francia respecto del imputado por los delitos de complicidad en la detención ilegal seguida de torturas, pues dicha solución –a la luz de las circunstancias actuales–, lejos de violentar las obligaciones emergentes en el ámbito de la extradición frente a delitos de esta índole refuerza el sistema en el que está inserto este instituto, ya que si bien la extradición se presenta como un importante instrumento de colaboración entre los Estados para erradicar la impunidad mediante el juzgamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, ello no puede constituir una renuncia del Estado para cumplir con amplio alcance sus propias obligaciones internacionales *erga omnes* contra la impunidad mediante el deber de “investigar” y “sancionar” a los responsables en relación a todas y cada una de las víctimas.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal N° 2 de Bahía Blanca, que denegó la extradición de Alfredo Ignacio A., requerida por

las autoridades de la República de Francia, el apoderado de su embajada interpuso recurso ordinario de apelación, concedido a fojas 1443.

A fojas 1461/1470 el letrado presentó el memorial del que V.E. me corre vista y a fojas 1472/1476 el señor Defensor Oficial ante la Corte mejoró los fundamentos de la resolución apelada.

Así las cosas, toda vez que el juez de la extradición rechazó la entrega reclamada en virtud de que el extraditable está siendo juzgado por los mismos hechos que motivaron la requisitoria en suelo nacional, en salvaguarda de la garantía que protege contra la múltiple persecución penal, y que el representante del Ministerio Público Fiscal en esa instancia no expresó agravio alguno contra dicha decisión, estimo que debe confirmarse la decisión recurrida y denegarle la colaboración rogada. Buenos Aires, 13 de octubre de 2010. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de octubre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que el juez a cargo del Juzgado Federal N° 2 de Bahía Blanca, Secretaría en lo Penal, no concedió la extradición de Alfredo Ignacio Astiz solicitada por la República de Francia por los delitos de complicidad en la detención ilegal seguida de torturas de Alice Domon y Léonie Duquet (fs. 1432/1439).

2º) Que, contra esa resolución, interpuso recurso de apelación ordinario el país requirente (fs. 1442) que, concedido (fs. 1453), fue fundado en esta instancia (fs. 1461/1470). A su turno, tanto el señor Defensor Oficial como el señor Procurador Fiscal ante el Tribunal solicitaron se confirmara la resolución apelada (fs. 1472/1477 y 1486).

3º) Que el artículo 11, inciso “b” de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal N° 24.767 es suficientemente explícito al consagrar que la extradición no será concedida cuando la persona

reclamada “ya hubiese sido juzgada” en la Argentina o cualquier otro país, por el hecho que motiva el pedido.

4°) Que si bien la diversa naturaleza de los hechos comprometidos en el *sub lite* con los ventilados en el caso resuelto en Fallos: 330:261 (“Cabrera”) no impide que se apliquen en autos conceptos vertidos en esa ocasión, en tanto allí también confluía –como en autos– un supuesto de concurrencia jurisdiccional entre el país requerido y requirente para juzgar los mismos hechos, no cabe, sin embargo, trasladar sin más la argumentación de ese fallo al *sub lite* a los fines de asignarle al artículo 11, inciso “b” de la ley 24.767 el alcance que propone la defensa en el memorial de fs. 1472/1476.

5°) Que, en efecto, ello es así toda vez que el artículo 5° del Tratado de Extradición con Estados Unidos de Norteamérica, aprobado por ley 25.126, que allí se aplicó, deriva –en su apartado segundo– directamente de la garantía que veda el doble juzgamiento la solución para aquellos casos en que “ambas Partes tienen jurisdicción por los hechos sobre los cuales se solicita la extradición” y existe, en el país requerido, un “proceso iniciado” contra la persona reclamada.

6°) Que, por el contrario, el artículo 11, inciso “b” de la ley 24.767 sólo refiere al supuesto de persona que “ya hubiese sido juzgada” y no al de “proceso iniciado” contra la persona requerida, como sucede en el *sub lite*, en que Alfredo Ignacio Astiz está aún siendo juzgado en jurisdicción argentina por los hechos de la denominada “Masacre de la Iglesia Santa Cruz” que incluyó a Alicia Ana María Juana Domon y René Léonie Duquet entre sus víctimas (conf. fs. 604, 634/635, 1136 y 1488).

7°) Que, empero, tampoco cabe derivar de lo expuesto que el legislador se desentendió de la situación que, en relación a la garantía en juego, suscitan supuestos como el de autos en que, al momento de adoptarse una sentencia en el marco de los artículos 32 y 33 de la citada ley, existe un proceso iniciado en la República Argentina contra la persona requerida por los mismos hechos en que se sustenta el pedido de extradición pero excluido del alcance del artículo 11, inciso “b” de la ley 24.767 atento a encontrarse aquél aún en trámite.

8°) Que el sistema diseñado por el legislador para regular los supuestos de concurrencia jurisdiccional, en que el delito que motiva el

pedido de extradición “cayere” también bajo la jurisdicción argentina, es una de las innovaciones introducidas respecto del régimen antes vigente bajo el amparo del Código de Procedimientos en Materia Penal (artículos 646 a 674 de la ley 2372) y de la ley 1612 (artículo 3°, inciso 3°), ambos derogados por el artículo 123 de la actual ley.

9°) Que, sobre el particular, este Tribunal ya señaló, en una anterior oportunidad que, por el juego armónico de los artículos 5° y 23 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal N° 26.767, cuando el delito que motiva el requerimiento de extradición “cayere también bajo la jurisdicción argentina” es la República Argentina quien tiene preferencia para el juzgamiento (conf. *mutatis mutandi* Fallos: 330:261, considerando 23).

10) Que, al propio tiempo, el legislador aceptó el sacrificio de la propia competencia, tradicionalmente exclusiva y excluyente, en aras de la eficacia de la represión o del criterio de oportunidad. Ello al habilitar a que, en casos de extradición, la jurisdicción nacional sea desplazada por la extranjera cuando “el delito por el que se requiere la extradición integre una conducta punible significativamente más grave, que fuese de la competencia del Estado requirente y ajena a la jurisdicción argentina” (inciso “a”) o “cuando el Estado requirente tuviese facilidades notoriamente mayores que la República Argentina para conseguir las pruebas del delito” (inciso “b”).

11) Que, en ese marco, fijó como regla, para dar solución a cualquiera de las situaciones antes reseñadas, el criterio de la “unidad de juzgamiento”, una de cuyas consecuencias es necesariamente la salvaguarda al individuo requerido de la dualidad a la que se vería expuesto si a la obligación del foro para juzgarlo se le sumara la obligación de extraditarlo para que sea sometido a proceso en el extranjero por los mismos hechos.

12) Que la “unidad de juzgamiento” actúa, en tales condiciones, como garantía del principio *ne bis in idem* ya sea por erigirse en el límite fijado por la ley a la obligación de cooperar mediante la extradición cuando sea preferente la jurisdicción del país requerido (Fallos: 330:261, considerando 20) o facilitando la extradición, de optarse por desplazar la jurisdicción del foro a favor de la extranjera. Esto último en tanto medien los supuestos de excepción que consagra el artículo 23 de la ley 24.767, con la consecuencia de que, en esos casos, si “...la

extradición fuese finalmente concedida, se archivará el expediente que pudiera estar en trámite ante la justicia argentina” (art. cit., párrafo tercero).

13) Que, sin embargo, hacer valer esta última alternativa en el *sub lite* con el fin de salvaguardar la garantía *ne bis in idem*, tal como plantea la parte recurrente a fs. 1464 vta. para propiciar la procedencia del pedido de extradición, conduciría a un apartamiento del principio de preferencia que consagra el sistema de la ley 24.767 bajo examen sin sustento en alguno de los dos únicos presupuestos materiales de excepción del artículo 23 ya citado y a los que queda condicionada la “procedencia” de la solicitud (artículo 5º, último párrafo).

14) Que, en efecto, no puede válidamente argüirse que el delito por el que se requiere la extradición de Astiz integre o haya integrado alguna vez una conducta punible significativamente más grave, que fuese de la competencia del Estado requirente y ajena a la jurisdicción argentina (artículo 23, inciso “a”).

15) Que tampoco puede considerarse que, en las circunstancias actuales, el Estado requirente tenga facilidades notoriamente mayores que la República Argentina para conseguir las pruebas del delito (art. cit., inciso “b”).

16) Que, en ese sentido, un examen de lo actuado pone de manifiesto que, al decidir el Poder Ejecutivo Nacional, en el *sub lite*, “dar curso” al pedido de extradición el 1º de septiembre de 2003 (fs. 77), la causa en contra de Alfredo Ignacio Astiz iniciada en jurisdicción argentina por, entre otros, los hechos en que se sustenta este pedido de extradición, estaba concluida en forma definitiva al haber sido desprocesado, el 23 de junio de 1987, por aplicación de la presunción *juris et de jure* prevista en el artículo 1º de la ley de obediencia debida N° 23.521, en decisión confirmada mediante sentencia del 29 de marzo de 1988 publicada en Fallos: 311:401.

17) Que el Poder Ejecutivo Nacional promulgó, el 2 de septiembre de 2003 —es decir, al día siguiente de dar curso a este pedido de extradición—, la ley N° 25.779 que declaró insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521 y cuya validez constitucional fue afirmada por esta Corte Suprema en Fallos: 328:2056 (“Simón”, sentencia del 14 de junio de 2005).

18) Que pese a que el 1° de septiembre de 2003 se reabrió el proceso en contra de Alfredo Ignacio Astiz, fue el 19 de mayo de 2004 cuando el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12 dictó el auto de procesamiento con prisión preventiva a su respecto en relación a los hechos de la denominada “Masacre de la Iglesia Santa Cruz” que incluyó a Alicia Ana María Juana Domon y René Léonie Duquet entre sus víctimas y que, en la actualidad, está en etapa de juicio oral ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 (fs. 604, 634/635, 1136 y 1488, antes citadas).

19) Que, en atención a lo expuesto, al no subsistir, en las circunstancias actuales, ninguno de los condicionamientos materiales a los que la ley 24.767 sujeta la procedencia del pedido de extradición en supuestos en que el delito que motiva la solicitud extranjera “cayere también bajo la jurisdicción argentina”, tiene plena operatividad la regla de preferencia que, a favor de la jurisdicción de la República Argentina, consagra el sistema legal y, sobre esa base, cabe declarar improcedente este pedido de extradición (artículo 5°, último párrafo).

20) Que, a esta altura, el Tribunal considera propicia la ocasión para recordar que la República Argentina viene comprometiendo sus mejores y máximos esfuerzos en la adopción de las medidas necesarias para no dejar en la impunidad las graves violaciones a los derechos humanos acaecidas entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, lo que viene manifestándose mediante el ejercicio pleno de su jurisdicción para “investigar” y, en su caso, “sancionar” a los responsables.

21) Que en la sentencia del 14 de junio de 2005 publicada en Fallos: 328:2056 (“Simón”), esta Corte Suprema afirmó la validez constitucional de la ley 25.779 en criterio que reiteró en casos posteriores como en Fallos: 330:2040 (“Vargas Aignasse”).

22) Que, en sucesivas sentencias, siguió fijando lineamientos para progresivamente remover los obstáculos que privaban de operatividad al compromiso citado (conf., entre otros, Fallos: 326:2805 (“Videla”); Fallos: 330:3248 (“Mazzeo”), y más recientemente Fallos: 330:519 (“Videla, Jorge Rafael s/ recurso de inconstitucionalidad de los decretos 1002/89 y 2745/90”) y Fallos: 333:1657 (“Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación”).

23) Que, en tales condiciones, la solución que aquí se adopta, a la luz de las circunstancias actuales, lejos de violentar las obligaciones

emergentes en el ámbito de la extradición frente a delitos de esta índole refuerza el sistema en el que está inserto este instituto ya que si bien la extradición se presenta como un importante instrumento de colaboración entre los Estados para erradicar la impunidad mediante el juzgamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, ello no puede constituir una renuncia del Estado para cumplir con amplio alcance sus propias obligaciones internacionales *erga omnes* contra la impunidad mediante el deber de “investigar” y “sancionar” a los responsables en relación a todas y cada una de las víctimas (conf. causa O.215.XLV, “Ohannessian Ohannian, Antranig s/ extradición”, considerando 6º, sentencia del 8 de febrero de 2011).

Por todo lo expuesto, de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve:

1º) Declarar improcedente el pedido de extradición formulado por la República de Francia respecto de Alfredo Ignacio Astiz por los delitos de complicidad en la detención ilegal seguida de torturas de Alice Domon y Léonie Duquet.

2º) Dar cuenta de lo aquí resuelto a la Unidad de Superintendencia para Delitos de Lesa Humanidad creada por acordada 42/08 de esta Corte Suprema de Justicia para que, en el ámbito de su competencia, adopte las medidas necesarias para sortear las dificultades operativas que puedan demorar el avance del proceso sustanciado en jurisdicción nacional contra Alfredo Ignacio Astiz por los hechos en que se sustentó este pedido de extradición.

Notifíquese, tómesese razón y devuélvase al juez de la causa a sus efectos.

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

Abogado: **Dr. Mauricio de Nuñez, apoderado del señor Embajador de la República de Francia acreditado en la República Argentina con asistencia letrada del Dr. Alberto Garay**

BENAMRAN EL BACHIR s/ Av. HURTO

DIPLOMATICOS.

Corresponde declarar la competencia originaria de la Corte para entender en la causa iniciada a partir de la supuesta apropiación indebida de un teléfono celular por parte de quien es miembro de la misión diplomática del Reino Unido de Marruecos en nuestro país y, en aras de garantizar un amplio ejercicio del derecho de defensa y una pesquisa eficaz, delegar en el juez federal que previno la instrucción del sumario con el fin de que practique las diligencias de prueba pendientes de realización, absteniéndose de recibir declaración al acusado, circunstancia que de ser necesaria deberá comunicar al Tribunal para requerir la correspondiente conformidad (arts. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58 y 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas).

DIPLOMATICOS.

Corresponde declarar la competencia originaria de la Corte para entender en la causa iniciada a partir de la supuesta apropiación indebida de un teléfono celular por parte de quien es miembro de la misión diplomática del Reino Unido de Marruecos en nuestro país, delegándose en el Secretario Penal del Tribunal las facultades de investigación, con el alcance y los límites fijados en la acordada 28/93 y debiendo intervenir como secretario de actuación un Secretario Letrado del mismo, requiriéndose la conformidad para que el acusado pueda ser sometido a juicio (art. 42 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y art. 24, inc. 1º, último párrafo, del decreto-ley 1285/58) (Disidencia parcial del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

El titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, declinó su competencia en favor de la originaria de V.E. para conocer en las actuaciones formadas a partir de la prevención practicada por la Policía de Seguridad del Aeropuerto Internacional de Ezeiza, de la que surge que El Bachir B., Tercer Secretario de la Embajada del Reino de Marruecos, se habría apropiado de un teléfono celular, olvidado por otro pasajero en una bandeja plástica, al realizar el control de ingreso al área de preembarque de dicha terminal (fojas 44/45).

Pues bien, las constancias agregadas a fojas 42 darían cuenta del rango diplomático del imputado, circunstancia que, en principio, habilitaría la jurisdicción originaria de la Corte, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias (S.C. S. 725, L. XLIII, *in re* “Sauer, Graciela Esther y Kovyakov, Suyatoslav s/lesiones culposas”, resuelta el 5 de febrero de 2008).

Ello, sujeto a que previamente se determine a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación, si el nombrado sigue ostentando tal *status*, en los términos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, extremo que, una vez acreditado, obligará a requerir al Estado al cual representa la conformidad exigida por el artículo 24, inciso 1º, último párrafo, del decreto-ley 1285/58 y el artículo 32 de la citada convención, para ser sometido a juicio.

En el supuesto de que V.E. asuma su conocimiento originario, por razones de economía procesal, mejor administración de justicia y en aras de garantizar un amplio ejercicio del derecho de defensa –artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– soy de la opinión de que podría delegar en el juez que previno la instrucción del sumario (Fallos: 329:1019). Buenos Aires, 8 de noviembre de 2010.
Luis Santiago González Warcalde.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de octubre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que llegan estas actuaciones a conocimiento del Tribunal a raíz de la declinatoria de competencia dispuesta por el Juzgado Federal Nº 1 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, para conocer en la causa formada a partir de la prevención practicada por la Policía de Seguridad Aeroportuaria –con asiento en el aeropuerto internacional de Ezeiza–, de la que surge que el 16 de octubre de 2010, el señor El Bachir Benamran –Tercer Secretario de la Embajada del Reino de Marruecos– se habría apropiado indebidamente de un teléfono celular

olvidado por otro pasajero en una bandeja plástica al realizar el control de ingreso al área de pre-embarque.

2º) Que del informe obrante a fs. 70 surge que el nombrado mantiene su estado diplomático como miembro de la misión diplomática del Reino de Marruecos en nuestro país.

3º) Que en tales condiciones corresponde que este Tribunal continúe con la instrucción de la causa con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

4º) Que ello sentado, en aras de garantizar un amplio ejercicio del derecho de defensa (art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y una pesquisa eficaz, corresponde delegar en el juez federal que previno la instrucción del sumario con el fin de que practique las diligencias de prueba pendientes de realización, absteniéndose de recibir declaración al señor Benamran (Fallos: 268:117; 277:69; 300:1203; 325:1152; 329:1019, entre otros) circunstancia que de ser necesaria deberá comunicar al Tribunal para requerir la correspondiente conformidad (arts. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58 y 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara la competencia originaria de esta Corte para entender en la presente causa. Hágase saber y remítanse las actuaciones al Juzgado Federal Nº 1 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, a los fines indicados en el considerando cuarto.

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

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que el titular del Juzgado Federal Nº 1 de Lomas de Zamora declinó su competencia a favor de la originaria del Tribunal para co-

nocer en la causa formada a partir de la prevención practicada por la Policía de Seguridad Aeroportuaria –con asiento en el aeropuerto internacional de Ezeiza– de la que surge que el 16 de octubre de 2010, el señor El Bachir Benamran –Tercer Secretario de la Embajada del Reino de Marruecos (extremo acreditado a fs. 66/77)– se habría apropiado indebidamente de un teléfono celular olvidado por otro pasajero en una bandeja plástica al realizar el control de ingreso al área de pre-embarque.

2º) Que del informe del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación obrante a fs. 66/77 surge que el señor El Bachir Benamran se encuentra acreditado como Tercer Secretario de la Embajada del Reino de Marruecos ante nuestro país.

3º) Que en tales condiciones corresponde que este Tribunal declare su competencia originaria y continúe con la instrucción de la causa con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara la competencia originaria de esta Corte para entender en la presente causa.

Prosígase la instrucción del sumario, delegándose en el señor Secretario del Tribunal, doctor Esteban Canevari, las facultades de investigación, con el alcance y los límites fijados en la acordada 28/93. Como secretario de actuación intervendrá el doctor Fernando Schütze, Secretario Letrado de esta Corte Suprema.

Requírase la conformidad para que el nombrado Benamran pueda ser sometido a juicio (art. 42 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y art. 24, inc. 1º, último párrafo, del decreto ley 1285/58). Librese oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación.

Notifíquese.

E. RAÚL ZAFFARONI.

PERIOPONTIS S.A. c/ E.N. M° ECONOMIA SAGPyA RESOL. 2/99
s/ DAÑOS Y PERJUICIOS*RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS ACTOS LICITOS.*

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda contra el Estado Nacional con el objeto de que se declare la ilegitimidad y nulidad de la Resolución 2/99 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación y disposiciones complementarias y que se resarciera de los daños y perjuicios derivados del dictado de dichas normas si la actora pretende que se le reconozca como “evidente” que las restricciones a la pesca de la merluza hubbsi incrementaron sus pérdidas, lo que no es admisible ya que el concepto de indemnización de perjuicios lleva implícita la realidad de éstos y, para su establecimiento judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad, extremo que no se halla cumplido en cuanto al daño emergente –reclamo vago y genérico– ni tampoco respecto del lucro cesante.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de octubre de 2011.

Vistos los autos: “Periopontis S.A. c/ E.N. M° Economía– SAGPYA Resol 2/99 s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

1º) Que, al confirmar la decisión de primera instancia, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó la demanda interpuesta por Periopontis S.A. contra el Estado Nacional, con el objeto de que se declarara la ilegitimidad y nulidad de la resolución 2/99 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación (en adelante SAGPyA), y de las resoluciones y disposiciones complementarias dictadas en su consecuencia, y que se resarciera de los daños y perjuicios derivados del dictado de las normas impugnadas.

En su demanda, la actora relata que en el año 1996 se constituyó como sociedad de capital mixto argentino y alemán con el fin de explotar recursos pesqueros argentinos, en el marco del “Acuerdo sobre las

Relaciones en Materia de Pesca Marítima entre la República Argentina y la Comunidad Económica Europea”, aprobado por ley 24.315. Manifiesta que compró los buques AURIGA y CETUS, ambos del tipo “congeladores sin planta procesadora en tierra”, que adquirió dos permisos de pesca, que fueron otorgados por la SAGPyA de conformidad con el decreto 2236/91, y que autorizaban a cada uno de los buques a capturar una cuota anual de 4.600 toneladas de merluza hubbsi (merluza común) y 2.200 toneladas de calamar.

Refiere que en el año 1998, el Consejo Federal Pesquero declaró que la especie merluza común se encontraba en estado de emergencia y, como consecuencia, la SAGPyA adoptó diversas medidas restrictivas para el manejo y conservación del recurso, entre ellas, dictó la resolución 2/99. Señala que esa norma dispuso, por un lado, y para todos los buques sin distinción, la reducción del volumen total de captura autorizado. Por otra parte, la resolución dividió el Atlántico Sur en tres zonas de pesca y estableció: que la zona 1 quedaba reservada a los buques fresqueros; la zona 2 tanto para los buques fresqueros, como para los congeladores y factorías que tuvieran, además, plantas de procesamiento en actividad en territorio nacional continental; y la zona 3 quedaba habilitada a todos los buques sin distinción.

La actora manifiesta que sus buques eran de tipo congeladores sin planta procesadora en tierra, y, por ese motivo, fueron limitados a pescar en la zona 3, al sur de paralelo 48°. Explica que la merluza común se encuentra masivamente en la zona 2, por lo que “la limitación del cupo, el confinamiento a un área sin recurso, y los altísimos costos de traslado a la denominada ‘zona 3’, determin[aron] el quebranto de Periopontis y de otras empresas de capital extranjero sin plantas procesadoras en territorio nacional”.

Considera que los perjuicios sufridos deben ser reparados por el Estado Nacional porque la distinción que la resolución 2/99 realiza entre buques es ilegítima, irrazonable y violatoria del Acuerdo entre nuestro país y la Comunidad Económica Europea, aprobado por la ley 24.315, así como del Tratado suscripto con la República Federal de Alemania sobre promoción y protección recíproca de inversiones aprobado por ley 24.098. Explica que los permisos de pesca se otorgan con asignación de cuotas de capturas máximas anuales, tanto para buques fresqueros como para congeladores y, por ese motivo, carecen de relevancia las diferencias de capacidad y potencia entre fresqueros

y congeladores, porque ningún buque pesca de conformidad con toda la capacidad que posee, sino sólo hasta el cupo máximo asignado por la autoridad de aplicación.

Sobre esa base, la actora alega que la distinción realizada por la norma impugnada resulta carente de sustento fáctico suficiente y constituye una discriminación ilegítima que, en realidad, tuvo como objetivo privilegiar indebidamente a los buques nacionales por sobre los extranjeros. Considera que ello queda demostrado porque “de los 41 buques congeladores que operaban en aquel momento, casi todos los que no poseían planta procesadora en tierra eran de capital extranjero”. Agrega que esto se ve corroborado porque en la motivación de la resolución 2/99 se cita como antecedente el Acta del Consejo Federal Pesquero N° 14 de fecha 9 de diciembre de 1998; y del acta en cuestión resulta, según la actora, que las restricciones dispuestas por la resolución provienen de la propuesta realizada por la Cámara de Procesadores y Armadores de Mar del Plata, integrada por empresarios con flota fresca y planta en tierra.

Finalmente, sin perjuicio de lo expuesto y para el hipotético caso de que no se declare la invalidez de las normas que impugna, la actora alega que tiene derecho a obtener una indemnización por los perjuicios sufridos, con fundamento en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

2º) Que, para decidir de ese modo, la Cámara consideró que los permisos de pesca de la actora habían sido otorgados en los términos del decreto 2236/91 y de la resolución SAGyP 245/91. Destacó que, según esas normas, los permisos podían ser suspendidos o limitados (mediante el establecimiento de zonas o épocas de veda, reservas de pesca, regulación de equipos a utilizar, delimitación de áreas, cuotas de explotación) por razones fundadas en la preservación del recurso. Sobre esa base, y teniendo en cuenta que la situación de emergencia de la merluza común no se encontraba controvertida en autos, el *a quo* concluyó que las actoras “no pueden pretender que los permisos las habiliten a pescar en cualquier lugar y cualquier especie, bajo cualquier condición (...) cuando como efectivamente ocurre, existe un riesgo real y concreto en la especie”.

Por lo demás, la cámara también rechazó el argumento relativo a la violación del Acuerdo sobre las Relaciones en Materia de Pesca Maríti-

ma entre la República Argentina y la Comunidad Económica Europea, así como del tratado suscrito con la República Federal de Alemania sobre promoción y protección recíproca de inversiones. Al respecto, sostuvo que la actora no había logrado probar ni el incumplimiento de los procedimientos establecidos en el Acuerdo aprobado por la ley 24.315, ni el trato desigual respecto a los buques con capital extranjero.

En cuanto a los procedimientos, el *a quo* consideró que el sistema de consultas entre los Estados parte –previsto en el artículo 9, inciso 1, del Acuerdo– no había sido instituido como un recaudo previo, ni condicionaba la legitimidad de las normas dictadas por nuestro país en materia de pesca. Ello era así porque de la letra del precepto resultaba con claridad que las consultas se exigían, una vez adoptadas las medidas de conservación por parte de las autoridades argentinas, a los fines de adecuar –sobre la base de las nuevas exigencias legales del ordenamiento local– el tratado internacional “y mantener el equilibrio general del Acuerdo”. Por lo demás, el *a quo* señaló que, a la fecha del dictado de las normas impugnadas, el Acuerdo con la Comunidad Económica Europea había sido denunciado por la Argentina, y perdería vigencia indefectiblemente en mayo de 1999. Por ese motivo, consideró que la realización de las consultas en ese momento había devenido, además, impracticable.

Con relación a la regla de trato igualitario –prevista en el artículo 9, inciso 2, del Acuerdo aprobado por ley 24.315, y la obligación de trato justo y equitativo de las inversiones derivada del Tratado aprobado por ley 24.098–, la cámara consideró que el distinto tratamiento dado por la resolución 2/99 a los diferentes tipos de buque –sobre la base de su carácter de fresquero, congelador o factoría, y según tuvieran o no planta procesadora en tierra– tenía sustento fáctico suficiente y no podía ser considerado discriminatorio. Al respecto, sostuvo que las normas impugnadas “ponderan las distinciones existentes entre los distintos tipos de flota (fresquera y congeladora), y no lo han hecho arbitrariamente sino con un criterio general y objetivo, reduciendo el esfuerzo pesquero de la flota de gran porte, cuya incidencia en el volumen de capturas es evidente y no puede plantear duda alguna. Al mismo tiempo, han procurado establecer un equilibrio entre el objetivo de conservar el recurso y la conveniencia de atenuar las consecuencias no deseadas en los ámbitos productivos y laborales del sector (...) a fin de mantener los niveles de empleo de mano de obra nacional, y ello con carácter general y no discriminatorio”.

Finalmente, el *a quo* rechazó la pretensión indemnizatoria fundada en la responsabilidad por actividad lícita del Estado sobre la base de que la actora no tenía una legítima expectativa al mantenimiento invariable de las condiciones para desarrollar la explotación del recurso pesquero, por lo que las restricciones impugnadas eran parte del riesgo propio del negocio y el ejercicio lícito de la actividad regulatoria estatal. Por lo demás, agregó, la actora tampoco había logrado probar la relación de causalidad entre el daño invocado y las normas impugnadas. Ello era así porque la resolución 2/99 la confinaba a una zona con menor cantidad de merluza pero eso no significaba que automáticamente la actora no pudiera continuar con su actividad ya que, por un lado, durante el año 1999 había capturado 3.922.703 kg de merluza y, por el otro, la empresa también se dedicaba a la exportación de calamar, abadejo, brótola, lenguado y otras especies.

Contra la decisión de la cámara, la actora dedujo recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 937. A fs. 944/959 vta. el recurrente presentó su memorial, que fue contestado por la demandada a fs. 963/967 vta.

3º) Que el recurso ordinario interpuesto resulta formalmente admisible toda vez que se trata de una sentencia definitiva en un pleito en que el Estado Nacional es parte y el valor disputado en último término, supera el mínimo establecido en el artículo 24, inciso 6º, ap. a, del decreto ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91.

4º) Que es pertinente recordar que conocidos precedentes del Tribunal han establecido los recaudos de orden genérico que deben concurrir para la procedencia de todo reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, esto es, que (a) éste haya incurrido en una falta de servicio (artículo 1112 del Código Civil), (b) la actora haya sufrido un daño cierto, (c) exista una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546; “Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huillén y otros”, Fallos: 332:2328; “Morrow de Albanesi”, Fallos: 333:1404 y “Bea”, Fallos: 333:1623).

Por lo demás, cabe recordar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos (artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); y si no logra

cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea denegada (Fallos: 327:2231; 331:881, entre muchos otros).

5º) Que esta circunstancia es, precisamente, la que se presenta en el caso en examen toda vez que la actividad probatoria de la actora es insuficiente para probar tanto la existencia de los daños que invoca, como la relación de causalidad entre esos perjuicios y la aplicación a su parte de las normas impugnadas, a la luz de las reglas generales en la materia (artículos 901 y ss. del Código Civil).

En primer lugar, en cuanto al daño emergente, el reclamo es vago y genérico. La actora no precisa, ni produce prueba conducente a fin de determinar cuáles son los conceptos que componen ese rubro, ni cuál es exactamente el período reclamado. En efecto, en su escrito de fs. 532/538 vta. (en el que pretende subsanar la indeterminación de su reclamo indemnizatorio, según lo prescripto por la sentencia de fs. 527/528 vta.), la actora se limita a señalar que “Periopontis S.A. incurrió necesariamente en ingentes gastos ya que, con el objetivo de salvaguardar los permisos de pesca de los buques evitando su pérdida por inactividad, se encontró forzada a efectuar mareas (...) con resultados económicos negativos, acerca de cuyos montos y composición ilustran los Anexos II (...) y III”. Y, cabe resaltar, los Anexos II y III sólo expresan escuetamente que, según el estado de resultados contable, la empresa tuvo pérdidas en los ejercicios financieros 1999 y 2000.

Tampoco resulta útil para subsanar la imprecisión señalada la prueba producida en el expediente. En efecto, del informe pericial contable obrante en autos surge que la empresa tuvo pérdidas en todos los ejercicios financieros, incluso con anterioridad al dictado de la resolución SAGPyA 2/99. Por ese motivo, para demostrar la existencia y monto del daño emergente, no es suficiente invocar balances deficitarios. Hubiera sido necesario delimitar y acreditar qué proporción de esas pérdidas fue consecuencia de la aplicación de las normas impugnadas en este juicio. La actora no ofreció ni produjo prueba en este sentido; en particular, no introdujo ningún punto pericial para demostrarlo.

En tales condiciones, la actora pretende que se le reconozca como “evidente” que las restricciones a la pesca de la merluza hubbsi incrementaron sus pérdidas, lo que no es admisible, según invariable jurisprudencia del Tribunal. Al respecto, esta Corte tiene dicho que el

concepto de indemnización de perjuicios lleva implícita la realidad de éstos y, para su establecimiento judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad (Fallos: 196:406; 211:1429; 273:269; 307:169; 312:1599 –voto de los jueces Belluscio y Petracchi–, entre otros). Tal extremo no se halla cumplido en el *sub lite*, toda vez que la carga de la prueba incumbía a la actora (artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y ningún elemento de convicción se ha incorporado al expediente que justifique ni la existencia, ni el monto, ni la relación de causalidad entre el daño emergente invocado y la conducta estatal cuestionada.

De la misma manera, se advierte que en la causa tampoco existe prueba suficiente para fundar el reclamo por lucro cesante. El Tribunal ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas y estrictamente comprobadas (Fallos: 306:1409 y 328:2654), y que su admisión requiera una acreditación suficiente del beneficio económico (Fallos: 311:2683).

Al respecto, no sólo resulta de los autos que la actora no ha logrado probar la existencia de lucro cesante, sino que, por el contrario, del punto K de la prueba pericial –en el que la actora solicitó que “teniendo en cuenta el costo promedio de cada marea y el producido promedio de cada una de ellas, el experto estimar[a] el perjuicio económico (lucro cesante) padecido por Periopontis S.A.”– resulta que, según el perito, “teniendo en cuenta que los resultados, considerando todos los ingresos (propios de la marea y prorrateados) y costos (directos, prorrateados e indirectos), arrojan pérdidas, tal como lo expusimos, en mi opinión no habría existido perjuicio económico para Periopontis S.A.”. La actora no logra refutar esta conclusión. Se limita a afirmar, dogmáticamente, que el perito no debió haber considerado los costos indirectos. Esta postura, que la apelante no sustenta en ningún criterio científico ni contable, implicaría, además, no tener en cuenta los costos reales que la empresa Periopontis S.A. requiere para funcionar que, claramente, exceden los costos directos de los buques en cuestión.

Finalmente, y sólo a mayor abundamiento, cabe señalar que –aun en la hipótesis de que hubieran existido las utilidades que invoca la actora– la proyección de ganancias realizada por la apelante se presenta, incluso en teoría, como errónea. Ello es así porque su razonamiento no tiene en cuenta que, aun cuando sus buques hubieran podido continuar

pescando al norte del paralelo 48°, la situación de emergencia de la merluza y las restricciones generales a todos los buques, hubieran hecho imposible esperar un nivel de captura similar al de años anteriores.

Sobre la base de lo expuesto, cabe concluir que la actora tampoco ha acreditado los daños reclamados en concepto de lucro cesante, con el grado de certeza necesario para que proceda su reparación (Fallos: 311:2683; 312:316, entre otros).

En tales condiciones, y dado que la orfandad probatoria respecto al reclamo indemnizatorio determina, necesariamente, el rechazo de la demanda, es innecesario el tratamiento de los restantes agravios.

Por ello, se declara admisible el recurso ordinario interpuesto, y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvanse los autos.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por **Periopontis S.A., actora en autos**, representada por el **Dr. Alberto J. R. Isla Casares**, con el patrocinio letrado del **Dr. Juan Ignacio Sáenz**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional, demandado en autos**, representado por la **Dra. Natalia D'Amico**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8**.

D.J.B. y OTRO c/ E.N. SERVICIO PENITENCIARIO ARGENTINO
Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

DEFENSOR OFICIAL.

Teniendo en cuenta que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y que sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, correspon-

de dejar sin efecto lo actuado con posterioridad a la sentencia que confirmó la resolución de la instancia anterior en cuanto a la responsabilidad del Estado Nacional por la falta de servicio atribuida a raíz del homicidio de un detenido ya que, si bien el Defensor Oficial no tuvo intervención alguna en la causa a partir del dictado de la sentencia de primera instancia, el ministerio pupilar considera que tal pronunciamiento resultó favorable al interés de los niños y sólo invocó la indefensión de los menores ante el gravamen que le provocó la sentencia en cuanto revocaba la exclusión de la condena del régimen de la consolidación.

DICTAMEN DE LA DEFENSORÍA OFICIAL

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

JULIAN HORACIO LANGEVIN, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay 1855, 1° piso (contrafrente), Capital Federal, vengo a contestar la vista conferida a fs. 365.

I. En atención a lo que surge de estos obrados, asumo la representación que por ley le corresponde al Ministerio Público de la Defensa (cf. arts. 59 CC y 54, incisos “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, e “i” de la Ley N° 24.946), respecto de los menores J. G. D., nacido el 14 de mayo de 1993, y de J. B. D., nacida el 6 de marzo de 1995 (cf. fotocopias de las partidas de nacimiento glosadas a fs. 43/45 respectivamente de los autos principales).

II. En tal carácter, paso a expedirme con relación al recurso extraordinario federal concedido a fs. 355, el cual fuera interpuesto por la codemandada Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal a fs. 337/350 vta., contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2009 por la Sala IV de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (cf. fs. 329/332vta.).

Tal resolución confirmó parcialmente la sentencia de grado, en cuanto hizo lugar a la acción interpuesta por la actora, y la revocó, en cuanto a la excepción del pago en bonos, conforme lo expuesto en el considerando 12.

III. Respecto a la procedencia formal, entiendo que en el *sub lite* se encuentra en juego el alcance e interpretación de normas que integran

el bloque de constitucionalidad (arts. 16, 17, 18 y 75 inc. 22 C.N.) y el decisorio impugnado ha sido contrario a las pretensiones que la recurrente fundara en ellas (cf. art. 14, inc. 3º, de la ley 48; Fallos: 323:3804; 324:1648, 2193, entre otros y Fallos: 326:2906).

Por ello, considero que el remedio federal deducido ha sido correctamente concedido.

IV. Sentado ello, de una atenta lectura de la causa se desprende con meridiana claridad que **se ha omitido conferir intervención al Ministerio Público de Menores, fundamentalmente con posterioridad al dictado del pronunciamiento de la Alzada**, lo que sin dudas conculca las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad; como así también, el derecho que tiene todo niño a ser oído (arts. 16, 18 de la Constitución Nacional; art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño), lo cual torna al procedimiento nulo, de nulidad relativa.

Así, la última intervención que se registra es al momento de ejercer la facultad de alegar que confiere el artículo 482 del C.P.C.C.N. y si bien la sentencia de grado resultó favorable al interés de los niños, la sentencia de Cámara dictada tras el recurso de la demandada modificó parcialmente lo decidido en perjuicio de estos.

Como podrá apreciar V.E., deviene palmario que se ha privado a los menores de la representación que ejerce el Ministerio Pupilar –con la consiguiente imposibilidad para mi colega de la instancia anterior de interponer –de considerarlo pertinente– el correspondiente recurso extraordinario, con sustento en el gravamen irreparable que le ocasiona la sentencia en crisis, en cuanto revoca parcialmente la decisión de grado, y resuelve que en el *sub lite* no encuadra en la excepción del artículo 18 de la ley 25.344.

Tal omisión, no puede quedar subsanada con la vista que se me confiere; en atención a que tal omisión ha generado un grado de indefensión, que acarrea, en definitiva, un proceso “injusto”.

Así, surge palmariamente, que su edad los ha colocado en una situación de vulnerabilidad frente al resto de las partes, pues conforme a *las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en*

Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Doc. presentado por el Grupo de Trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria Andorra, 4 al 8 de febrero de 2008), se considera a personas en situación de vulnerabilidad, a aquellas que, por razón **de su edad**, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; y mis defendidos se vieron claramente impedidos de ejercer su derecho de recurrir ante el Superior (art. 27 de la ley de Protección Integral de los derechos de niños, Niñas y Adolescentes, Ley N° 26.061).

Máxime, teniendo en cuenta de que el letrado apoderado de la parte actora consintió dicho decisorio.

Nuestro ordenamiento legal, establece que el Ministerio Público de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto en el que intervenga un menor de edad, debiendo incluso participar en forma promiscua con el fin de asistirlo y articular todos los medios que provean a su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto llevado a cabo sin su participación (arts. 59, 493 y 494 del Código Civil y 54 de la ley Orgánica de Ministerio Público N° 24.946).

A mayor abundamiento, cabe puntualizar, que la doble representación legal prevista por la normativa precitada, tiene por finalidad controlar que no exista contraposición con los intereses de sus representantes legales, quienes como se ve en innumerables casos, no siempre actúan diligentemente, ya sea por falta de buena fe o bien por otras circunstancias no reprochables que pudieran impedirselo.

Así, en las presentes actuaciones, como lo ha sostenido ese Alto Tribunal en casos análogos, ***“...se soslayó conferir la intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación necesaria del incapaz en el trámite de la causa, circunstancias que habrían producido gravamen irreparable al privar a su representada de hacer valer acciones y defensas antes de dictarse el fallo...”***; y ello por imperativo legal ocasiona la nulidad relativa de todo lo actuado, pues ***“debe primar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley***

Suprema), tales como la Convención sobre los derechos del Niño, arts. 12 inc. 2 y 26, inc. 1)” (Fallos: 320-2:1291).

En consecuencia, considero que se ha incurrido en un grave incumplimiento por omisión, una violación a la garantía del debido proceso legal (arts. 18 C.N., 27 ley 26.061 y art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño), y al derecho de igualdad de mis representados; fundamentalmente, en mérito a que la normativa vigente en materia de protección integral de los derechos de los niños, les reconoce expresamente el derecho a participar activamente en el proceso y ejercer su derecho de defensa, lo que en autos tampoco se ha contemplado.

Por ello, soy de la opinión, que corresponde decretar la nulidad de las actuaciones cumplidas con posterioridad al dictado de la sentencia de la Alzada, y su posterior remisión a dicha instancia, a fin de que se garantice la doble representación a la que se ha aludido.

V. Para el hipotético e improbable supuesto que no se comparta la solución que propugno; me referiré en primer término, a los hechos en que se funda la presente acción.

A fs. 48/61vta., se presentó con patrocinio letrado la Sra. L. V. S., en representación de sus hijos menores J. G. y J. B. D., a los efectos de promover demanda por daños y perjuicios contra el Servicio Penitenciario Federal Argentino, Cárcel de Encausados de la Capital Federal Unidad Uno, y contra el Estado Nacional Argentino, por los daños y perjuicios derivados del homicidio de su progenitor, J. R. D.

Expuso que el día 18 de septiembre de 1997, el celador del servicio penitenciario, donde se encontraba detenido el Sr. D. por la presunta participación en el delito de tentativa de robo, advirtió que en el sector donde aquél se encontraba alojado había una pelea entre internos, por lo que convocó de inmediato al personal de seguridad con el objeto de controlar la situación; observándose que en la reja del acceso al sector se encontraba uno de los internos sosteniendo al Sr. D., quien estaba en estado de inconsciencia, por lo que fue trasladado de inmediato al hospital Penitenciario Central, donde se comprobó que presentaba una herida de cuatro centímetros en el hipocondrio derecho, que le produjo su muerte.

A fs. 87/94vta., se presentaron los letrados apoderados que representan al Estado Nacional “*en aquellos juicios en los que deba inter-*

venir el Ministerio de Justicia de la Nación por causa que se originen en el Servicio Penitenciario Federal”, quienes contestaron la demanda incoada, negaron los hechos expuestos, y solicitaron su rechazo, con costas.

A fs. 300/304, con fecha 5 de julio de 2007, el Juzgado resolvió hacer lugar a la demanda entablada, condenando al Estado Nacional (Servicio Penitenciario Federal), a pagar la suma de \$ 30.000 en concepto de valor vida y pérdida de chance, y la suma de \$ 70.000 en concepto de daño moral, para cada uno de los menores actores. Asimismo, estableció que atento al carácter alimentario que revisten los montos indemnizatorios estipulados, encuadrar el presente caso dentro de la excepción prevista en el art. 18 de la ley 25.344.

Dicho decisorio fue apelado por el letrado apoderado de la parte demandada a fs. 307; quien expresó agravios a fs. 314/324vta.

A fs. 329/332vta., con fecha 10 de febrero de 2009, la Excma. Cámara confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto hizo lugar a la demanda, y la revocó, con relación a la excepción del pago de los montos indemnizatorios en bonos.

Contra dicha resolución, la accionada interpuso recurso extraordinario federal (v. fs. 337/350vta.); el que fue concedido a fs. 355.

VI. Sentado ello, pasaré a contestar los agravios esgrimidos por la recurrente.

En primer lugar, se agravia respecto de la responsabilidad que se le atribuye por la muerte del causante (art. 1112 del código Civil), en tanto considera que la actora debió demandar solo a aquellas personas que intervinieron en la riña y que provocaron el lamentable hecho.

Discrepo con tal aseveración, acorde con los argumentos que expondré seguidamente.

En primer lugar, cabe puntualizar, que se desprende claramente de la causa que el Sr. José Duarte falleció como consecuencia de la herida de arma blanca que recibiera en el tórax, durante un enfrentamiento entre varios internos dentro de la Unidad 1 de Caseros, del Servicio Penitenciario Federal, donde se encontraba detenido desde hacía un mes (cf. declaración testimonial prestada por el jefe de turno de la unidad,

obrante a fs. 102, y dictamen médico forense, glosado a fs. 288/291, de la causa penal N° 82.653/97).

Por otra parte, nótese que quedó fehacientemente comprobado en el acta de secuestro que: *“De la celda Nro. 37 (...) se secuestraron tres (03) elementos corto punzantes de aproximadamente 30 cm. de largo por 03 cm. los que se encontraban en el interior de una zapatilla Marca Topper color blanca y envuelto en un conjunto joggings color verde destacándose que uno de los elementos corto punzante se encontraba con manchas de sangre”* (cf. fs. 81).

Dilucidado lo anterior, cabe señalar, que en el *sub examine* resulta aplicable lo resuelto recientemente por V.E. en el precedente del 22 de diciembre de 2009, en los autos “Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” Letra G, N° 383 XL, en el que se remarcó que: **“...el postulado que emana del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional tiene un contenido operativo que impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia, obligación que se cimienta en el respeto a su vida, salud e integridad física y moral. La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado artículo 18, los propios de los penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema.”** (conf. consid. 6°). Asimismo, destacó: **“...que el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana”** (considerandos 44 y 45 de la causa “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, Fallos: 328:1146). **Que, en consecuencia, la demandada tiene a su cargo, entre otros, el deber de garantizar la seguridad de los internos. (...) Por ello, y para cumplir con ese objetivo, el Servicio Penitenciario tiene la obligación de evitar que los internos tengan a su alcance elementos de evidente peligrosidad, tales como los secuestrados en este caso, susceptibles de producir daños en la salud física de aquéllos y de terceros.”** (cf. consid. 8° y 9°) **“10°) Que con respecto a la ejecución irregular del servicio, como uno de los presupuestos ineludibles para la**

procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, este Tribunal ha expresado que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 306:2030; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065; 331:1690)."

Como corolario, va de suyo, que ha quedado debidamente probada la responsabilidad de la apelante, pues se acreditó fehacientemente el incumplimiento de los deberes de seguridad a su cargo; lo que implicó en la práctica, una irregular prestación del servicio de su parte, en tanto debió resguardar la salud física y moral del causante, durante el lapso que se encontrara detenido.

A ello cabe adunar, que la jurisprudencia comparada, al expedirse en materia de responsabilidad del Estado, ha señalado cuales son las fuentes generadoras de la responsabilidad y, qué es lo que se debe probar para su atribución, sosteniendo que: ***"La expresión "falta de servicio" es el presupuesto que constituye la fuente generadora de la responsabilidad del Estado. Se produce cuando los órganos o agentes estatales no actúan debiendo hacerlo, o cuando su accionar es tardío o defectuoso, lo que provoca, en uno u otro caso, un daño a los usuarios (...). En estos procesos, los perjudicados deben invocar y acreditar la existencia de esta falta en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado."*** (Corte de Apelaciones de Concepción, (Chile), sentencia del 18-12-2003, reseñada en *"Investigaciones"* 3 (2003) Investigaciones de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2004, Bs. As., p. 527).

Admitir una postura contraria, implicaría deslindar de responsabilidad a la accionada, restando trascendencia a conductas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (cf. Fallos: 300:909; 307:1602; 308:72, 323 (3):3035, entre muchos otros).

VII. Por estos breves fundamentos, solicito se haga lugar a la nulidad impetrada en el punto IV). En su defecto, peticiono a V.E. que proceda a desestimar el remedio federal deducido, y confirmar el pronunciamiento atacado.

DEFENSORIA OFICIAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, 11 de marzo de 2010.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de octubre de 2011.

Vistos los autos: “D.J.B. y otro c/ EN –Servicio Penitenciario Argentino– y otro s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

1º) Que el juez de primera instancia, al hacer lugar a la demanda promovida por Laura Valeria Saravia –en representación de sus dos hijos menores–, condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización en concepto de valor vida y daño moral, con fundamento en que se hallaba configurado un supuesto de responsabilidad estatal por “falta de servicio”. Arribó a dicha conclusión con sustento en que no se adoptaron las medidas necesarias para resguardar la salud e integridad física y evitar el homicidio de José Ricardo Duarte, que se encontraba detenido en la Unidad 1 –Caseros– del Servicio Penitenciario Federal. De este modo, el aspecto sustancial de la pretensión de la actora fue admitida, y el pago del monto de la condena se consideró excluido del régimen de consolidación de deudas del Estado en virtud de la excepción prevista en el art. 18 de la ley 25.344 (fs. 300/304).

2º) Que aquella decisión fue apelada por la parte demandada, quien cuestionó la sentencia en su totalidad (fs. 314/324 vta.).

3º) Que, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, confirmó la decisión de la instancia anterior en relación con la responsabilidad del Estado Nacional por la falta de servicio atribuida –violación al deber de seguridad– y con los montos de la indemnización, y la revocó en cuanto había excluido la condena del régimen de la consolidación (fs. 329/332 vta.).

Esta decisión motivó la interposición por parte de la demandada del recurso extraordinario de apelación ante esta Corte (fs. 339/350 vta.), que fue concedido por el *a quo* (fs. 355). Dicho recurso no fue respondido por la parte contraria.

4º) Que este Tribunal, al advertir que no había tomado intervención el Ministerio Público de la Defensa, dio vista a la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5º) Que el señor Defensor Oficial –en lo que aquí interesa– destacó que en el caso se había soslayado la oportuna intervención del Ministerio Pupilar “fundamentalmente con posterioridad al dictado del pronunciamiento de la Alzada”, pues la última intervención que se registra es al momento de ejercer la facultad de alegar (fs. 292), “y si bien la sentencia de grado resultó favorable al interés de los niños, la sentencia de Cámara dictada tras el recurso de la demandada modificó parcialmente lo decidido en perjuicio de éstos.”; todo lo cual comprometía las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad, y el derecho a ser oído, tutelados –con relación a los menores– por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño (ver el punto IV del dictamen agregado a fs. 366 vta./367 vta.).

En este sentido, recordó la jurisprudencia del Tribunal con arreglo a la cual debe primar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional –art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema–, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño –arts. 12, inc. 2; y 26, inc. 1–.

Sobre estas bases, el señor Defensor Oficial opinó que correspondía decretar la nulidad de las actuaciones cumplidas con posterioridad al dictado de la sentencia de la alzada –ver párrafos tercero y onceavo, del punto IV, del dictamen–, y la posterior remisión de la causa a dicha instancia, a fin de que se garantice la doble representación prevista por el ordenamiento jurídico.

6º) Que, concordemente con lo señalado en el dictamen de la Defensoría Oficial, corresponde recordar que el Tribunal reiteradamente ha expresado que es “...descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones...” (ver Fallos: 325:1347; 330:4498 y 332:1115; también doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291).

En el caso, si bien el Defensor Oficial asumió la representación promiscua de los menores y adhirió a la demanda interpuesta por la

representación necesaria de aquéllos (fs. 75) –demanda que fue admitida en lo sustancial–, no ha tenido intervención alguna en la causa a partir del dictado de la sentencia de primera instancia. Sin embargo –como se ha señalado *ut supra*– el ministerio pupilar considera que tal pronunciamiento resultó favorable al interés de los niños, y sólo invocó la indefensión de los menores ante el gravamen que les provocó la sentencia de cámara “...en cuanto revoca parcialmente la decisión de grado, y resuelve que el *sub lite* no encuadra en la excepción del artículo 18 de la ley 25.344...”.

Por lo expuesto, habida cuenta de que es doctrina reiterada de este Tribunal que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia; y que la nulidad resultante de la falta de intervención del defensor oficial en las causas que interesen a la persona o a los bienes de un incapaz se funda en el interés y la protección del incapaz mismo, los que se encuentran estrechamente relacionados con la idea de justicia y la pronta solución de las causas (doctrina de Fallos: 323:929 y 325:1404), corresponde declarar la nulidad de lo actuado desde el dictado del fallo de cámara, y disponer que el Ministerio Pupilar tome intervención a los fines de hacer valer los derechos que estime corresponder en el juicio.

Por ello, y lo concordemente expuesto en el punto IV del dictamen del señor Defensor Oficial, se deja sin efecto lo actuado con posterioridad a la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que tome intervención el Ministerio Pupilar con arreglo a lo expresado en la presente, y haga valer los derechos que estime corresponder en el juicio. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **el Estado Nacional – Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, demandado en autos, representado por el Dr. Ariel Rodrigo Prieto.**

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° 1**

FLORENZA, MARTIN Y OTROS c/ BANCO ROELA S.A. s/ DENUNCIA

OFERTA PUBLICA.

Cabe declarar mal concedido el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que dejó sin efecto la sanción aplicada a los miembros de la comisión fiscalizadora y redujo la multa impuesta a la entidad y sus directores por la difusión de información inexacta y engañosa al publicitar ciertas obligaciones negociables del banco en un sitio web en infracción al deber de diligencia y la exigencia que la publicidad y propaganda respecto a los valores negociables de una emisora no contenga información susceptible de inducir a error, equívoco o confusión, pues si bien los recurrentes aducen que se halla en tela de juicio la inteligencia de preceptos federal, éstos no han traído a consideración planteos concretos y específicos relativos a tales normas sino solamente vinculados a cuestiones fácticas y de derecho común, ajenas a la instancia extraordinaria.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

OFERTA PUBLICA.

Cabe declarar mal concedido el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que dejó sin efecto la sanción aplicada a los miembros de la comisión fiscalizadora y redujo la multa impuesta a la entidad y sus directores por la difusión de información inexacta y engañosa al publicitar ciertas obligaciones negociables del banco en un sitio web, pues los agravios vertidos en torno a las facultades de la Comisión Nacional de Valores en el ámbito de la oferta pública de ONs no concitan cuestión federal que habilite la vía extraordinaria toda vez que no controvierten per se la hermenéutica de la preceptiva que las regula —ni la solución del caso depende de ello—, sino que están enderezados a cuestionar el carácter engañoso que dicho organismo atribuyó a la cita que la emisora consignó en la publicidad sobre las ejercidas en el caso concreto, cuestión de índole fáctica y procesal.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

Por Resolución N° 15.035, la Comisión Nacional de Valores (en adelante “CNV”) aplicó una multa de \$ 20.000 al Banco Roela S.A., efectivizada .en la persona de sus directores y síndicos titulares en forma

solidaria –art. 10 inciso b) de la Ley N° 17.811 (sus. por art. 39 del Dto. 677/01)– por la difusión de información inexacta y engañosa al publicar ciertas obligaciones negociables (ONs) del Banco en el sitio www.bancoroela.com.ar en infracción al deber de diligencia y la exigencia que la publicidad y propaganda respecto a los valores negociables de una emisora no contenga información susceptible de inducir a error, equívoco o confusión –arts. 8° inciso a.v) y 19 del Decreto 677/01 y 23 del Capítulo XXI de las NORMAS (NT 2001)– (fs. 600/612).

Al decidir la apelación deducida por todos los sancionados, la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, por mayoría, dejó sin efecto la sanción aplicada a los miembros de la comisión fiscalizadora y redujo a \$ 16.000 la multa impuesta a la entidad y sus directores (fs. 620/682, 685, 694/699 y 737).

Contra este decisorio, el Banco y los directores interpusieron el recurso extraordinario que fue concedido por la cuestión federal y denegado por la arbitrariedad y gravedad institucional invocadas (fs. 702/735 y 740).

– II –

Los apelantes en síntesis plantean que existe cuestión federal por hallarse controvertida la inteligencia de preceptos federales de la ley 17.811 y un caso de gravedad institucional. Tachan de arbitraria la sentencia por no constituir derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias de la causa, alegando que la Sala omitió la consideración de cuestiones sustanciales planteadas en el sumario en expresa violación a derechos constitucionales, lo cual pone en evidencia la carencia de motivación suficiente (arts. 17, 18 y 28 de la C.N.).

En concreto señalan que el *a quo* concluyó que las impresiones de la página web hacían plena prueba no obstante reconocer que el modo y la forma en que fueron certificadas no respetaban la letra de la ley en la materia y que eran notoriamente incompletas y cuando el escribano tampoco constató si la certificación lo fue “on line” o bien conformada por el propio denunciante; todo ello –dicen– en violación al principio de verdad jurídica material e *in dubio pro administrado* que informa el derecho administrativo sancionador.

Sostienen, por otra parte, que la conclusión de la CNV sobre la titularidad del dominio (www.bancoroela.com.ar) resulta inconducente

e irrelevante para tener por configurada la infracción puesto que NIC Argentina sólo prueba el dominio, no la existencia de la página web en sí, ni el encargo de la publicidad cuestionada por el Banco, lo cual únicamente puede ser corroborado por el proveedor de servicios de Internet (Internet Service Provider).

Con respecto a la publicidad de la moneda de pago de las ONs afirman que, en desmedro de que se informó que el pago se verificaría según lo dispuesto por la ley 25.561 y el decreto 214/02 por medios masivos (un diario local y boletín de la Bolsa de Córdoba), la Alzada se abstrae de la circunstancia de falta de acreditación de los hechos fundantes de la denuncia.

En cuanto a la publicidad referida a las calificaciones de riesgo aducen que la *iudicante*, además de presuponer la existencia de la página web cuestionada, también ignora que las calificaciones correctas fueron informadas a la CNV y a la Bolsa y publicadas en la página web después de las presuntas publicidades, circunstancia que resulta demostrativa de la ausencia de intencionalidad alguna por la emisora de ocultarlas.

Respecto de las funciones del Organismo de Control en relación al plan de afectación de fondos de la entidad cuestionan finalmente que la Juzgadora avale la conclusión contradictoria de la CNV que, por un lado admite que hace la auditoría cuestionada (control del plan crediticio, es decir destino lícito de los fondos, antes de aprobar la emisión y la oferta pública, y cumplimiento del destino comprometido) y por el otro, .niega aprobarlo, obviando considerar que el artículo 36 inciso 3° de la ley 23.576 exige a las emisoras acreditar ante la CNV que los fondos obtenidos fueron invertidos de acuerdo al plan aprobado.

– III –

Cabe reseñar, previo a todo, que la CNV imputó a los recurrentes haber difundido los días 24 de abril, 7 y 17 de mayo, y 21 de junio de 2002 en la página de internet www.bancoroela.com.ar información inexacta sobre la moneda de pago y calificación de riesgo de las ONs emitidas por el Banco y engañosa en cuanto al alcance de la intervención que le cupo a dicho Organismo en relación al plan de afectación de fondos de la emisora.

En concreto se imputó que la emisora publicitó (v. fs. 88/93): 1) que las ONs constituían una atractiva alternativa de inversión que permi-

tiría incrementar los ahorros en dólares, cuando su pago se verificaría en pesos –ley 25.561 y dto. 214/02– de acuerdo con lo informado; 2) que la calificación de riesgo era de AA+ cuando la otorgada por las calificadoras a esa fecha fue menor; y 3) que resultaba engañoso informar que la CNV aprobaba o auditaba el plan crediticio del Banco pues su función se circunscribía al control de licitud del destino de los fondos provenientes de la colocación de las ONs emitidas y su aplicación en los términos del artículo 36, inciso 2º de la ley 23.576 –mod. por ley 23.962–, que exime del pago de ciertos tributos siempre que la emisora cumpla con determinados recaudos (v. fs. 309/315, 338/340 y 600/612).

A su turno, los recurrentes articularon como defensas, las siguientes: 1) que el Banco no era el titular de la página web ni encargó la publicidad consignada en ella; 2) que las impresiones de tal página no constituían un medio de prueba idóneo por presentar vicios la certificación (fs. 88/93); 3) que en el periodo comprendido entre el 1/1/02 y 30/06/02 no se realizaron colocaciones ni negociaciones con las ONs; 4) que el pago en pesos fue informado por diversos medios masivos de comunicación –La Voz del Interior y Boletín de la Bolsa de Comercio de Córdoba– (fs. 357/367); 5) que las calificaciones de riesgo correctas de las ONs fueron comunicadas a los organismos de control y publicadas en la página de la CNV y de las calificadoras y que no existió intencionalidad alguna de ocultarlas (fs. 368/372); 6) que la declaración consignada en la publicidad sobre las atribuciones de la CNV era correcta pues al aprobar el prospecto y los suplementos, también aprobaba el plan crediticio del Banco y además auditaba su cumplimiento; y 7) que se demostró la inexistencia de perjuicio (fs. 356).

Tras rechazar dichos planteos, la CNV tuvo por configurada la infracción al deber de diligencia del buen hombre de negocios exigido para la preparación y divulgación de información suministrada al mercado y la prohibición de que la publicidad y propaganda encargada por una emisora respecto de sus valores negociables contenga información susceptible de inducir a error, equívoco o confusión en el público (arts. 8º inciso a.v) y 19 del Decreto 677/01 y art. 23 del Capítulo XXI de las NORMAS (NT 2001) e impuso la sanción que fue confirmada por la Cámara en los términos expuestos en el encabezamiento.

– IV –

En primer término debo señalar que, si bien los recurrentes aducen que en el *sub lite* se halla en tela de juicio la inteligencia de preceptos

federales –agravios concernientes al alcance de las atribuciones de la CNV a los que aludiré más adelante–, éstos no han traído a consideración planteos concretos y específicos relativos a esas normas sino solamente vinculados, en realidad, a cuestiones fácticas y de derecho común, ajenas a esta instancia extraordinaria. Planteos que, vale resaltar además, no pueden ser objeto de examen por esta vía ya que los interesados no dedujeron recurso de queja contra la resolución de la Alzada denegatoria del recurso federal que interpusieron, invocando la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

Quedan alcanzados en dicha situación los planteos enderezados a cuestionar las argumentaciones y valoración de los elementos probatorios a tenor de los cuales el *a quo* tuvo por configurada la infracción al deber de diligencia y la prohibición de que la publicidad encargada por la emisora contenga información susceptible de inducir a error, equívoco o confusión en el público al ofrecer las ONs del Banco en el periodo denunciado al consignar información inexacta sobre la moneda de pago .y su calificación de riesgo y engañosa en cuanto a las facultades ejercidas por la CNV en el ámbito de la oferta pública respecto al plan de afectación de los fondos provenientes de la colocación de esos valores.

En particular, de aquellas conclusiones por las que se tuvo acreditada la titularidad y existencia de la página web donde se efectuó la publicidad de las ONs y su encargo por el Banco; la vigencia de un periodo de suscripción y circulación de ciertas ONs; la idoneidad de las impresiones de la página web como medio probatorio; la inexactitud de la información sobre la moneda de pago y calificación de riesgo de tales valores; y el rechazo de las defensas esgrimidas por los sancionados con la finalidad de eximirse de responsabilidad y de la sanción aplicada consecuentemente.

En otras palabras, cuestiones tácticas, de derecho común y procesal que han adquirido firmeza en virtud de la falta de impugnación del decisorio del *a quo* que confirmó la sanción aplicada a los recurrentes por la CNV, pero redujo la multa de \$ 20.000 a \$ 16.000.

– V –

Sentado lo anterior, resta analizar si la configuración de la infracción por publicidad engañosa depende o no del examen de una cuestión de índole federal tal .como alegan los apelantes. En mi opinión, los

agravios vertidos en torno a las facultades de la CNV en el ámbito de la oferta pública de ONs no concitan cuestión federal que habilite la vía extraordinaria toda vez que no controvierten *per se* la hermenéutica de la preceptiva que las regula –ni la solución del caso depende de ello–, sino que están enderezados a cuestionar el carácter engañoso que dicho Organismo atribuyó a la cita que la emisora consignó en la publicidad sobre las ejercidas en el caso concreto, cuestión de índole fáctica y procesal.

En efecto, al sancionar a los recurrentes, la CNV no imputó haber consignado información inexacta sobre sus atribuciones, sino –repite– el carácter engañoso de la declaración vertida en el contexto que fue realizada. Vale decir que, estrictamente hablando, no cuestionó la objetividad o certeza de la información proporcionada en la publicidad, sino que ponderó que en el marco de la actividad de control y aprobación que dicho Organismo realiza – la cual describió–, a fin de evitar confusión o error en el público, la emisora debió precisar o aclarar en qué consistía o a qué aspectos se circunscribía la aprobación y control en el caso concreto.

Conclusión que, sin perjuicio de su naturaleza no federal, encuentra apoyo en la reglamentación especial que define y atribuye un alcance específico tanto a la autorización que la CNV confiere para hacer oferta pública de valores, como a los deberes informativos que los intervinientes en el mercado deben cumplir. En tal sentido, cabe recordar que el artículo 16 de la ley 17.811 define como oferta pública a toda invitación que se hace a personas en general o a sectores o grupos determinados para realizar cualquier negocio jurídico con valores negociables mediante cualquier procedimiento de difusión. Ambito en el cual la CNV únicamente practica un control de legalidad, no de conveniencia –tal como se indica en la resolución sancionatoria– y donde la autorización para hacer la oferta pública sólo significa que se han cumplido con los requisitos establecidos en materia de información, sin que el Organismo emita juicio sobre los datos contenidos en el prospecto, cuya veracidad y suficiencia debe ser garantizada por el órgano de administración de la emisora con carácter de declaración jurada (arts. 6 y 7 de la ley, art. 4 del Capítulo VI y arts. 1º y 6º del Capítulo VIII de las NORMAS –NT 2001–; v. fs. 374, 404, 434 y 475).

Desde esa perspectiva entonces, los agravios relativos al alcance de la mención a las atribuciones de la CNV en la publicidad reputada como “engañososa”, no rebaten, como es menester, la conclusión del *a*

quo en el sentido que la genérica declaración efectuada en la web del Banco afirmando que la CNV aprobaba y auditaba el “plan crediticio” de la emisora (plan de afectación de fondos) podía inducir a error al público sobre las seguridades que ofrecía la inversión en sus ONs. Afirmación que sustentó en el argumento que la función de la CNV se circunscribía a comprobar que en el prospecto se informara el destino de los fondos –elegido libremente por la emisora– a fin de obtener el beneficio impositivo, sin aprobarse ni hacerse un juicio de valor sobre la conveniencia o inconveniencia del mismo, aspecto este último que vale recalcar, tampoco ha sido controvertido.

En definitiva, esta cuestión que –tal como expuse respecto a las mencionadas en el apartado precedente– reviste carácter fáctico, no es susceptible de revisión por la vía extraordinaria; máxime cuando, además de haber sido resuelta con fundamentos no federales suficientes, también adquirió firmeza al no haber sido interpuesta la queja contra la resolución que denegó el recurso extraordinario deducido con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

Situación que se encarece si se pondera que el artículo 36 de la ley, 23.576 exige a la emisora que “garantice la aplicación de los fondos a obtener mediante la: colocación de las ONs” a determinados destinos “según se haya establecido en la resolución que disponga la emisión y dado a conocer al público inversor a través del prospecto”.

En consideración a lo expuesto, a mi criterio, habiendo sido mal concedido el recurso extraordinario corresponde su rechazo. Buenos Aires, 31 de agosto de 2010. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de octubre de 2011.

Vistos los autos: “Florensa, Martín y otros c/ Banco Roela SA s/ denuncia”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara mal concedido el recurso extraordinario. Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **José Víctor Mondino, apoderado del Banco Roela S.A. y por derecho propio Horacio Raúl Parodi, María del Carmen Martí, Andrés Miguel Bas y Víctor René Campana**, con el patrocinio letrado del Dr. **Fabián L. Buffa**.

Tribunal de origen: **Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba**.

GIUFFRA, MARIA Y OTRO c/ E.N. – Mº ECONOMIA – SEC. FINANZAS RESOL. 73 Y
158/03 LEY 24.411 s/ AMPARO LEY 16.986

BONOS DE CONSOLIDACION DE DEUDAS.

El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que hizo lugar al planteo formulado por la demandada en el nítido de que no procede la cancelación de los servicios financieros correspondientes a los bonos de consolidación de deudas previsionales en dólares estadounidenses depositados en una cuenta comitente, procede sólo en lo que atañe a la aplicación de la ley 26.198, correspondiendo revocarla en dicho aspecto, pues no es posible extender al caso la jurisprudencia referida a su aplicación, ya que el precedente al que remitió la Cámara “Tonelli, Pablo Gabriel” (7/9/2010) es distinto al presente, en tanto allí se trató de la inclusión en el diferimiento de los pronunciamientos judiciales firmes emitidos contra las disposiciones de la ley 25.561, el decreto 471/02 y sus normas complementarias.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

BONOS DE CONSOLIDACION DE DEUDAS.

No se configuran los extremos necesarios para la apertura de la vía extraordinaria deducida contra la sentencia que hizo lugar al planteo formulado por la demandada en el sentido de que no procede la cancelación de los servicios financieros correspondientes a los bonos de consolidación de deudas previsionales en dólares estadounidenses depositados en una cuenta comitente, toda vez que el *a quo*, durante la etapa de ejecución, se limitó a determinar los alcances de su anterior pronunciamiento en lo atinente a los títulos que quedan comprendidos en las excepciones al diferimiento de pago de la deuda pública.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

A mi modo de ver, las cuestiones que se debaten en el *sub lite* resultan sustancialmente análogas a las examinadas por este Ministerio Público en el dictamen del 5 de mayo de 2010, *in re* B. 965, L. XLV, “Borejko, Carlos Isidoro y otros c/ EN – Interior –GN– Dto. 1246/05 1126/06 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, a cuyos términos y conclusiones cabe remitirse por razones de brevedad en lo que fuere pertinente.

Opino, por tanto, que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 15 de noviembre de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de octubre de 2011.

Vistos los autos: “Giuffra, María y otro c/ EN – M° Economía – Sec. Finanzas – resol. 73 y 158/03 – ley 24.411 s/ amparo ley 16.986”.

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 remitirse en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario en lo relativo a la cuestión tratada en el punto V del dictamen al que se remite, –e improcedente en lo demás– y se revoca parcialmente la sentencia apelada. Con costas por su orden en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas y la forma en que se resuelve. Notifíquese y devuélvanse.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **la actora, María Giuffra (por derecho propio)**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Laura del Cerro**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción)**, representado por la **Dra. Inés Sofía Signoris**.

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 N° 6**.

ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS c/ ALBECA S.A.
s/ EJECUCIÓN FISCAL

EJECUCION FISCAL.

Cabe revocar la sentencia que rechazó la excepción de inhabilidad de título y mandó llevar adelante la ejecución del crédito por las sumas correspondientes al impuesto sobre la transferencia de combustibles y gas natural, con sus respectivos accesorios, cuyo pago había sido intimado por el Fisco en virtud del art. 7° de la ley 23.966, pues la interposición del recurso de apelación ante el tribunal administrativo fue realizada casi un año antes del libramiento de los títulos ejecutivos y del inicio de la ejecución, por lo que la deuda reclamada era inexigible ya al momento de emitirse los títulos pertinentes, razón por la que resulta arbitraria dado que el contribuyente se vio privado de la suspensión que el art. 167 de la ley 11.683 concede a la apelación del inc. b) de su art. 76, con clara lesión a su derecho de propiedad.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

EJECUCION FISCAL

Cabe revocar la sentencia que rechazó la excepción de inhabilidad de título y mandó llevar adelante la ejecución del crédito por las sumas correspondientes al impuesto sobre la transferencia de combustibles y gas natural, con sus respectivos accesorios, cuyo pago había sido intimado por el Fisco en virtud del art. 7° de la ley 23.966, pues es impertinente el estudio realizado en el decisorio sobre si la intimación de pago realizada en razón de lo dispuesto por el art. 7° de la ley 23.966 puede equipararse a una “determinación de oficio” a los fines de su recurribilidad por la vía del art. 76 de la ley 11.683, ya que tal asunto es propio de los jueces de la respectiva causa, es decir el referido Tribunal Fiscal y los tribunales que deban entender por apelación en caso de articularse los recursos previstos por los arts. 192 y cc.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 662/665, el Juzgado Federal de Viedma rechazó la excepción de inhabilidad de título y mandó llevar adelante la ejecución del crédito por las sumas correspondientes al impuesto sobre la transferencia de combustibles y gas natural (períodos 1 a 12 del 2002, y 1 y 2 del 2003, tal como surge de las boletas de deuda de fs. 1/4), con sus respectivos accesorios, cuyo pago había sido intimado por el Fisco en virtud del art. 7° de la ley 23.966, y oportunamente apelado por Albeca S.A. ante el Tribunal Fiscal de la Nación dando origen al expediente 28.552-I de su registro –en el cual, además, se controversió lo relativo a los períodos 7 a 12/2001 del mismo gravamen–.

Para así decidir, puntualizó que la defensa incoada debe fundarse, en principio, en los vicios extrínsecos que exhiba el título, sin que el juez actuante pueda ingresar en el examen de la causa de la obligación sin perjuicio de lo cual –advirtió– ello no implica decir que deba llegarse al extremo de admitir una condena por una deuda inexistente si tal situación resultase palmariamente manifiesta según las constancias del expediente.

Adujo que el art. 167 de la ley 11.683 (t.o. en 1998) suspende la exigibilidad de la deuda recurrida ante el Tribunal Fiscal, pero que ello es así siempre y cuando haya habido una determinación de oficio que permita articular el recurso del art. 76, inc. b), de dicha ley, y que dura mientras esté pendiente el procedimiento ante aquél.

Puso de relieve que la ley 23.966 dispone que, en lo atinente al tributo aquí reclamado, no corresponde que se otorgue el trámite normado por los arts. 23 y cc. de la ley de rito fiscal (numeración según el t.o. en 1978), y que la determinación de la deuda quedará ejecutoria con la simple intimación de pago del impuesto y de sus accesorios, como así también que la discusión sobre la existencia y exigibilidad del gravamen debe ventilarse por la vía de la repetición.

Agregó que el planteamiento de la demandada acerca de si es o no responsable del pago del gravamen implica avanzar sobre la causa de la obligación, excediendo el ámbito limitado del presente juicio.

– II –

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 734/752, concedido a fs. 766/768 vta.

En síntesis, se agravio porque –a su entender– la sentencia resulta arbitraria dado que la deuda aquí ejecutada no le era exigible al momento en que fueron libradas las boletas de deuda de fs. 1/4 en razón de haber apelado la intimación de pago respectiva el 13 de diciembre del 2006 ante el citado tribunal administrativo, de acuerdo con el art. 76, inc. b, de la ley de procedimientos tributarios.

Por otra parte, destacó que no puede realizarse una interpretación rígida de las reglas del juicio de ejecución fiscal que lleve al cobro de una deuda palmariamente inexistente, como en este caso, ya que no reviste calidad de sujeto pasivo del gravamen, hecho reconocido por la propia AFIP en la resolución por la cual intimó el pago.

Indicó también que su situación económico financiera no le permite hacer frente al desembolso exigido para luego intentar su repetición, lo que configuraría un supuesto de denegación del acceso a la justicia.

– III –

A fs. 777/778, la ejecutada acompañó copia de la sentencia del 8 de septiembre de 2010, de la Sala C del Tribunal Fiscal de la Nación, en la que resolvió, con fundamento en el plenario “Santiago Sáenz S.A” de dicho organismo, rechazar la excepción de improcedencia formal del recurso y, al considerarse competente para entender del recurso, ordenó la prosecución del trámite.

– IV –

Las resoluciones dictadas en los juicios ejecutivos son, por regla, insusceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, toda vez que, para ello, se requiere que la apelada sea una sentencia definitiva, entendiendo por tal la que pone fin al pleito o causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, requisito cuya concurrencia no puede obviarse aunque se invoque arbitrariedad, error o violación de garantías constitucionales (Fallos: 242:260; 245:204, 267:484; 270:117; 276:169; 295:1037; 302:181, entre muchos otros precedentes).

Sin embargo, estimo que lo decidido por el *a quo* con respecto a la exigibilidad de la deuda comprendida en los títulos de fs. 1/4 al momento de su libramiento es definitivo y no podrá ser jurídicamente replanteado en un proceso posterior (arg. Fallos: 315:1916 y sus citas; 319:625; A.1.054, L.XLII, *in re* “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Carrera, Damián Bruno s/ ejecución fiscal”, sentencia del 5 de mayo del 2009; A.386, L.XLIV, *in re* “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Agumar Servicios Turísticos S.R.L. s/ ejecución fiscal”, sentencia del 28 de septiembre del 2010, entre otras).

Por otra parte, el pronunciamiento ha sido dictado por el superior tribunal de la causa, como resulta del art. 92 de la ley de rito fiscal, tras la modificación introducida en él por la ley 23.658.

– V –

A mi modo de ver, el *thema decidendum* radica en determinar si la deuda reflejada en las boletas de deuda señaladas, emitidas el 5 de noviembre de 2007, resultaba exigible al comienzo de este proceso de apremio, iniciado el 12 de noviembre de 2007 (ver cargo de fs. 5 vta.).

Según consta en el expediente, Albeca S.A. fue intimada de pago por el Fisco el 15 de noviembre de 2006, y el 13 de diciembre de ese año apeló ese acto administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Nación, en los términos de los arts. 159 y cc. de la ley 11.683, dando lugar al expediente 28.552-I, y comunicó dicha apelación a la AFIP el 15 de diciembre siguiente, mediante la copia del formulario *ad hoc* (F.4) y la “multinota” preceptiva (ver constancias de fs. 370 y 371).

Es decir que, en síntesis, la interposición del recurso de apelación ante el citado tribunal administrativo fue realizada casi un año antes del libramiento de los títulos ejecutivos de fs. 1/4 y del inicio de la presente ejecución.

Frente a tales circunstancias, adelanto mi opinión en cuanto a que la deuda reclamada era inexigible ya al momento de emitirse los títulos pertinentes.

En efecto, y más allá del resultado final al que se arribase con respecto a la competencia del citado organismo jurisdiccional –que, valga destacarlo, según las constancias de autos y al menos en la etapa ante el mentado tribunal administrativo, fue resuelta favorablemente a ella, según consta en la copia que luce a fs. 777/778–, estimo que el juego

de los arts. 76, 167 y cc. de la ley de rito fiscal suspende la intimación de pago de la deuda determinada de oficio cuando ésta se apela ante aquél, en los términos de los arts. 159, 166 y cc. de esa ley.

Por otra parte, considero que es impertinente el estudio realizado en la sentencia apelada sobre si la intimación de pago realizada en razón de lo dispuesto por el art. 7º de la ley 23.966 puede equipararse a una “determinación de oficio” a los fines de su recurribilidad por la vía del art. 76 de la ley 11.683, ya que tal asunto es propio de los jueces de la respectiva causa, es decir el referido Tribunal Fiscal y los tribunales que deban entender por apelación en caso de articularse los recursos previstos por los arts. 192 y cc.

Así las cosas, opino que la sentencia resulta arbitraria dado que el contribuyente se vio privado de la suspensión que el art. 167 de la ley 11.683 concede a la apelación del inc. b) de su art. 76, con clara lesión a su derecho de propiedad, como ya lo ha reconocido el Tribunal en pronunciamientos de similar alcance en Fallos: 324:2009; 326:4240; 330:3045, como también en las sentencias recaídas en las causas F.1.441, L.XLII, “Fisco Nacional (AFIP) c/ DIS FAR MAR S.A. s/ejecución fiscal”, del 11/08/09 y la ya citada A.386, L.XLIV, “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Agumar Servicios Turísticos S.R.L. s/ejecución fiscal”, del 28/09/10, entre otras.

En este orden de ideas, es evidente para mí que la sentencia recurrida no satisface sino en forma aparente la necesidad de ser derivación razonada del derecho vigente, con adecuada referencia a los hechos de la causa, como lo corrobora el pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación que obra en copia a fs. 777/778, mediante el cual se declaró competente para entender en la revisión del acto administrativo apelado.

Por todo ello, pienso que correspondería atender los agravios del apelante en cuanto a la arbitrariedad que imputa a lo resuelto (arg. Fallos: 318:1151).

– VI –

En virtud de lo expuesto, opino que debe revocarse la sentencia de fs. 662/665 en cuanto fue materia de recurso extraordinario y devolver los autos para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Buenos Aires, 12 de julio de 2011.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de octubre de 2011.

Vistos los autos: “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Albeca S.A. s/ ejecución fiscal”.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente tratadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo fallo de acuerdo con lo decidido en la presente. Notifíquese y remítanse.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **Albeca S.A.**, representada por el **Dr. Armando Magallón**.

Traslado contestado por la **AFIP – DGI**, representada por el **Dr. Jorge Luis Cambareri**.

Tribunal de origen: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la ciudad de Viedma**.

CHUBUT, PROVINCIA DEL c/ RIO NEGRO, PROVINCIA DE
Y OTROS S/ PRUEBA ANTICIPADA

DAÑO AMBIENTAL.

Corresponde denegar la producción anticipada de las pruebas ofrecidas por la Provincia del Chubut al denunciar que el deficiente sistema de tratamiento de líquidos cloacales de la planta ubicada en El Bolsón, y el presunto volcado de

efluentes por parte del matadero municipal, producen una grave contaminación del Río Quemquemtreu y afectan directamente a la población de Lago Puelo, si no logra acreditar que se configuren las razones de urgencia que justifiquen su admisión, en la medida en que el supuesto riesgo que se invoca –la eventual modificación del estado de cosas por parte de los futuros demandados– no sólo es conjetural e hipotético, sino que además se trata de una contingencia que en el caso de que sucediera, tornaría innecesaria la producción de las medidas ofrecidas, ya que traería aparejada la cesación del daño ambiental que se denuncia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Provincia del Chubut solicita, en los términos de los arts. 326, incs. 2º y 3º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 30 de la ley 25.675 General del Ambiente, la producción anticipada de las siguientes medidas probatorias:

I. Un dictamen pericial emitido por un profesional ingeniero para que se constate el estado de situación de la Planta de Tratamiento de Líquidos Cloacales sita en la Ciudad de El Bolsón, Provincia de Río Negro, particularmente, a fin de determinar si funciona correctamente en relación a los niveles y calidad de los efluentes volcados a los cuerpos de agua, a la Cantidad de habitantes y usuarios que actualmente tiene la zona y a la calidad de los aireadores de que dispone así como el lugar en que se realiza el volcado de líquidos.

II. Un dictamen pericial emitido por un profesional bioquímico consistente en el muestreo y análisis de las aguas que cursan los ríos Quemquemtreu y Azul.

III. Designación de un consultor técnico –la bioquímica Celeste Lauronce–, a esos efectos, en los términos del art. 458 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

IV. Informes de: a) la Planta de Tratamiento de Líquidos Cloacales de la localidad de El Bolsón, para que indique desde cuándo opera y cuál

ha sido su capacidad de eficiencia desde entonces hasta la actualidad; b) la Municipalidad de El Bolsón, para que comunique cuáles han sido los motivos de las clausuras realizadas al “Matadero”, las condiciones de habilitación, así como cuál es el tratamiento que se realiza sobre los residuos sólidos y efluentes líquidos.

V. Remisión de documentos por la Planta de Tratamiento de Líquidos Cloacales de la localidad de El Bolsón, a saber: a) informes técnicos diarios de la planta; b) estudios de impacto ambiental; y c) relevamiento de las conexiones domiciliarias incorporadas a la red cloacal; todos ellos desde el año 2002 hasta la fecha.

Finalmente la actora deja librado a la consideración del Tribunal solicitar la producción del estudio de impacto ambiental, conforme a las condiciones expresadas en el acápite VIII del escrito inicial.

Denuncia la existencia de un deficiente sistema de tratamiento de líquidos cloacales en la Planta de Tratamiento de El Bolsón y vuelco de efluentes por parte del “Matadero Municipal” de esa localidad en la Cuenca del Río Azul, que es de carácter interjurisdiccional en cuanto atraviesa las provincias de Río Negro y Chubut, dado que se ha corroborado la existencia de altos niveles de contaminación debido a la presencia de coniformes fecales en el agua, lo cual afecta a la población de Lago Puelo ubicada en el extremo Noroeste de la Provincia del Chubut, que utiliza esas aguas para los cuidados de la salud y para fines recreativos (v. prueba documental de fs. 133).

Manifiesta que, de este modo, pretende despejar cuáles son las causas de la generación del daño y cuáles son los sujetos efectivamente responsables de éste, a fin de interponer una futura demanda con el objeto de obtener el cese, la recomposición y la prevención del daño ambiental que azota actualmente a la localidad de Lago Puelo.

Señala que dirige su pretensión contra la Provincia de Río Negro, la Municipalidad de El Bolsón, el Estado Nacional, el “Matadero Municipal” y Aguas Rionegrinas S.A., lo cual quedará condicionado al resultado de la producción de las medidas requeridas.

A fs. 143, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

Ante todo, es dable señalar que resulta aplicable al *sub lite*, el art. 6, inc. 4º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según el cual, en las medidas preliminares y precautorias, será juez competente el que deba conocer en el proceso principal.

Por ende, es necesario determinar si tal pretensión principal corresponde a la competencia originaria del Tribunal.

– III –

A mi modo de ver, en atención a la naturaleza de las partes que han de intervenir en el pleito, *prima facie* y dentro del limitado marco cognoscitivo propio de la cuestión a resolver, entiendo que el presente pedido de medidas de prueba anticipada corresponde a la competencia originaria de la Corte.

En efecto, en primer lugar, ello es así en razón de las personas, dado que la causa se suscita entre dos provincias, la del Chubut como actora y la de Río Negro como demandada (conf. arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

Pero también lo es en razón de la materia, pues se pretende tutelar un recurso de carácter interjurisdiccional, la Cuenca del Río Azul, que está ubicada en el extremo noroeste de la Provincia del Chubut, y en el extremo suroeste de la Provincia de Río Negro, conformada por las cuencas de los ríos Quemquemtrey y Azul y que totaliza unos 350 km², la que, a su vez integra el sistema de la cuenca del Río Puelo, cuyas nacientes se encuentran en territorio argentino y su curso inferior en Chile, y que desagua en el Océano Pacífico.

Además, ambas provincias constituyen la Autoridad de Cuenca del Río Azul (“ACRA”) desde diciembre de 1997 –a la cual se integra el sistema de la cuenca del Río Puelo–, en el marco de un convenio de cooperación técnica con el objetivo de ejecutar el estudio para el ordenamiento y desarrollo de la cuenca hidrográfica del Río Azul, así como la ejecución de las obras hidráulicas (conf. Fallos: 331:1243, causa “Pla” sustancialmente análoga al *sub judice*, a la que me remito *brevitatis causae*).

En tales condiciones, opino que el proceso debe tramitar ante los estrados del Tribunal. Buenos Aires, 22 de septiembre de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de octubre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 145/154 la Provincia del Chubut denuncia que el deficiente sistema de tratamiento de líquidos cloacales de la planta ubicada en El Bolsón, y el presunto volcado de efluentes por parte del “Matadero Municipal” de esa misma localidad rionegrina, producen una grave contaminación del Río Quemquemtreu y afectan directamente a la población de Lago Puelo, ubicada en extremo noroeste del Estado provincial demandante.

Explica que la planta indicada fue construida en el año 1982 a 50 metros del límite interprovincial y que fue prevista para una población de 10.000 habitantes, es decir –según esgrime–, para un tercio de la cantidad de personas que actualmente reside en la localidad. Señala además que como consecuencia del aporte pluvial que recibe, se generaría un volumen extra de líquido que dejaría fuera de funcionamiento al reactor biológico, y frente a su colapso por falta de capacidad de tratamiento, los efluentes serían vertidos en el canal derivador o canal de descarga del Arroyo Negro que atraviesa parte del territorio de la Provincia del Chubut hasta su confluencia con el Río Quemquemtreu.

Manifiesta que el referido río es un curso natural superficial en el que se han encontrado valores altos de presencia de coliformes fecales, presuntamente a causa del arrastre de la contaminación existente en aquel canal de descarga.

Agrega que existiría otro factor contaminante en la actividad desplegada por el “Matadero Municipal” de El Bolsón, por cuanto los efluentes serían vertidos sin el tratamiento adecuado. Indica asimismo que dicho establecimiento fue clausurado en reiteradas ocasiones, entre

otros motivos por no haber cumplido con las tareas de saneamiento requeridas.

En virtud de los hechos relatados y a los efectos de determinar los factores causantes del daño ambiental denunciado y los eventuales responsables, solicita la producción anticipada de dos peritajes: uno de ingeniería para establecer si la planta funciona correctamente, y otro de bioquímica consistente en el muestreo y análisis de las aguas que cursan los ríos Quemquemtreu y Azul.

También solicita que la referida planta informe desde cuándo opera y cuál fue su capacidad de eficiencia desde entonces hasta la actualidad, y la Municipalidad de El Bolsón los motivos de la clausura del Matadero, las condiciones en que se encuentra habilitado, así como el tratamiento que se realiza sobre los residuos sólidos y efluentes líquidos.

Asimismo, requiere la remisión de: a) informes técnicos diarios de la planta; b) estudios de impacto ambiental y c) relevamiento de las conexiones domiciliarias incorporadas a la red cloacal, todos ellos desde el año 2002. Eventualmente peticona la realización de un estudio de impacto ambiental.

Aduce que mediante las medidas de prueba anticipada no sólo se pretende la identificación de los verdaderos sujetos pasivos de la futura acción de cese y recomposición del daño ambiental que –según anuncia– interpondrá, sino que además funda su pedido en el riesgo que existiría de que los eventuales demandados alteren la situación actual con el fin de evadir responsabilidades.

2º) Que en virtud de lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal y de lo decidido por este Tribunal en la causa “Pla” (Fallos: 331:1243), sustancialmente análoga al *sub lite*, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en razón de brevedad, el presente proceso corresponde a la competencia originaria de esta Corte.

3º) Que este Tribunal ha señalado que la circunstancia de que en actuaciones de esta naturaleza se hayan morigerado ciertas reglas procesales y, en general, se hayan elastizado las formas rituales, no configura fundamento apto para permitir en esta clase de asuntos la introducción de peticiones y planteos que se aparten de reglas procedimentales esenciales (Fallos: 329:3445).

4º) Que, en ese marco, cabe destacar que la parte interesada en la producción anticipada de medidas probatorias, debe justificar que existen motivos serios para considerar que su realización puede resultar imposible o muy dificultosa en la etapa procesal correspondiente (artículo 326 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

5º) Que la Provincia del Chubut no ha logrado acreditar que se configuren en el caso las razones de urgencia que justifiquen la admisión del pedido efectuado, en la medida en que el supuesto riesgo que se invoca, esto es, la eventual modificación del estado de cosas por parte de los futuros demandados, no sólo es conjetural e hipotético, sino que además se trata de una contingencia que en el caso de que sucediera, tornaría innecesaria la producción de las medidas ofrecidas si se tiene en cuenta el fin que perseguiría la acción que se anuncia.

En efecto, si se alterase la situación actual con el fin de evadir responsabilidades como se esgrime, tal circunstancia traería aparejada la cesación del daño ambiental que se denuncia, en tanto desaparecerían los factores degradantes y, en consecuencia, la futura acción prevista en el artículo 30, tercer párrafo, de la ley 25.675, carecería de objeto.

6º) Que, por lo demás, no se advierte que exista impedimento alguno para la interposición de la acción de cese y recomposición ambiental que se anuncia, en tanto la propia peticionaria reconoce que cuenta con elementos de convicción acerca del deficiente funcionamiento de la Planta de Tratamiento de Líquidos Cloacales, así como del volcado de desechos derivados de la actividad del “Matadero Municipal”, ambos situados en la localidad rionegrina de El Bolsón (ver punto VI.5, tercer párrafo, de fs. 152 vta.), e identifica claramente a los legitimados pasivos de su reclamo (ver punto V de fs. 147).

En este sentido es preciso señalar que las pruebas ofrecidas estarían destinadas a corroborar “a priori” aquellos extremos, mas no a la difícil tarea en materia ambiental de determinar el nexo causal que pudiera existir entre las actividades indicadas y la contaminación que se denuncia, ni el grado de afectación al ambiente que hubieran producido –en miras a su eventual recomposición–, razón por la cual tampoco se advierte la necesidad fáctica de producir las anticipadamente. Ello, claro está, sin perjuicio de su realización en el marco de la acción que pudiera interponerse, en caso de considerarlas procedentes.

7º) Que en las condiciones expuestas el pedido efectuado no puede encontrar favorable acogida por la vía intentada, sin riesgo de desnaturalizar las previsiones contenidas en el artículo 326 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte. II. Denegar la producción anticipada de las pruebas ofrecidas. Notifíquese, comuníquese al señor Procurador General y, oportunamente, archívese.

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

Parte actora: **Provincia del Chubut, representada por el señor gobernador Mario Das Neves y por el señor fiscal de Estado, doctor Diego F. Carmona.**

Parte demandada: **Provincia de Río Negro, Municipalidad de El Bolsón, Estado Nacional y Aguas Rionegrinas S.A.**

EMPRESA DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA NORTE SOCIEDAD
ANONIMA (EDENOR S.A.) c/ MUNICIPALIDAD DE PILAR s/ ACCIÓN DECLARATIVA

ENERGIA ELECTRICA.

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la demanda interpuesta por la empresa distribuidora y comercializadora de energía eléctrica contra la Municipalidad de Pilar (Provincia de Buenos Aires) con el objeto de que se procediera a declarar la inconstitucionalidad de la ordenanza 18/02, la cual impone la obligación —en un tiempo no mayor de 120 días desde su promulgación— de reemplazar los postes de madera que sostienen transformadores eléctricos por columnas de hormigón, pues no puede desconocerse las facultades que en el caso particular del derecho ambiental corresponden a cada una de las provincias y al Estado Nacional, sin que se advierta que las disposiciones cuestionadas —al regular aspectos que hacen a la seguridad y salubridad de los ejidos y protección del ambiente—, esté en pugna con las normas federales que reglan los aspectos técnicos de los servicios de energía eléctrica —cuya competencia es exclusiva de las autoridades nacionales—.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

SERVICIOS PUBLICOS LOCALES.

Debe descartarse la inconstitucionalidad de la ordenanza 18/02 –la cual impone la obligación, en un tiempo no mayor de 120 días desde su promulgación, de reemplazar los postes de madera que sostienen transformadores eléctricos por columnas de hormigón– a la luz del contenido de la resolución ENRE 311/01 –que la apelante esgrime en defensa de su derecho– pues con arreglo al art 10 de tal resolución, sus disposiciones constituyen una guía de “contenidos mínimos” sobre el sistema de seguridad pública que deben implementar las empresas distribuidoras, lo cual deja a salvo la facultad incuestionable de las autoridades locales de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, ello conforme las atribuciones otorgadas por los arts. 41, 121, 122, 123 y 124 de la Constitución Nacional a las provincias y municipios.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

MUNICIPALIDADES.

Los principios que sirven para deslindar las competencias del Estado Nacional y de las provincias también se extienden a los municipios y las prerrogativas de aquéllos derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen, por aplicación de los principios que surgen de los arts. 50, 121 y 123 de la Constitución Nacional.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 337/342, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín –Sala I–, al confirmar el fallo de primera instancia, rechazó la demanda interpuesta por Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (EDENOR S.A.) contra la Municipalidad de Pilar (Provincia de Buenos Aires) con el objeto de que se procediera a declarar la inconstitucionalidad de la ordenanza 18/02, la cual impone la obligación –en un tiempo no mayor de 120 días desde su promulgación– de reemplazar los postes de madera que sostienen transformadores eléctricos por columnas de hormigón.

Para resolver de ese modo, en lo que aquí interesa, los jueces, esgrimieron los siguientes argumentos:

- (i) Los arts. 5° y 123 de la Constitución Nacional fijan los límites y trazan el contorno a los cuales deben ajustarse las constituciones provinciales, asignándoles la organización del régimen municipal;
- (ii) La Corte ha interpretado que de acuerdo con lo dispuesto en las leyes 14.772, 15.336 y 24.065 la prestación del servicio público de electricidad es de competencia nacional en razón de constituir el ejercicio del comercio en los términos del art. 75, inc. 13 de la Constitución Nacional y de promover la prosperidad, el adelanto y bienestar general del país. La jurisdicción nacional es compatible con el ejercicio del poder de policía por parte de las provincias y municipalidades, ya que la regla es la existencia de jurisdicciones compartidas entre el Estado Nacional y las provincias (Fallos: 295:338; 305:1847; 320:619 y 322:2331).
- (iii) La policía ambiental no escapa a las condiciones exigibles a toda facultad concurrente, de manera que no hay impedimento en el dictado de disposiciones locales en esa materia en tanto no conduzca a una repugnancia efectiva entre los distintos órdenes normativos.
- (iv) Como corolario de lo expuesto, la Municipalidad de Pilar puede ejercer su poder de policía ambiental y de seguridad como lo ha hecho en la ordenanza 18/02, prohibiendo el uso de postes de madera como soportes transformadores eléctricos y ordenando el reemplazo de los existentes por columnas de hormigón.
- (v) En definitiva, no hay repulsa efectiva entre las normas federales que regulan el servicio público de electricidad y la ordenanza municipal dictada en salvaguarda del medio ambiente y de la salud de sus habitantes.
- (vi) No se demostró que las obligaciones impuestas no puedan cumplirse en el plazo otorgado, ni que la medida afecte o destruya el equilibrio pecuniario de la empresa, con alteración extraordinaria de la ecuación económica del contrato de concesión, de

modo que se perciba la posibilidad de que la ordenanza produzca una efectiva y grave obstrucción esencial al servicio público nacional que imponga su descalificación constitucional.

– II –

Contra tal pronunciamiento la actora interpuso recurso extraordinario (fs. 349/365), el cual fue concedido por cuestionarse la inteligencia y aplicación de normas de naturaleza federal y denegado respecto de la causal de arbitrariedad invocada (fs. 368), sin que se dedujera la pertinente queja.

Sostiene que la sentencia es arbitraria, toda vez que por un lado declara que los límites de las facultades locales para regular la materia *sub discussio* están dados siempre que “no conduzca a una repugnancia efectiva entre los distintos órdenes normativos” y concluye dogmáticamente sin explicar la razón por la cual no se advierte la aludida efectiva repugnancia entre las normas federales que regulan el servicio público de electricidad y la ordenanza municipal.

Alega además, que la ordenanza que impugna afecta gravemente la prestación del servicio a su cargo, ya que (i) tal actividad quedaría sujeta, en su reglamentación, a un poder de carácter local, circunstancia que conspira contra la unidad técnica económica del servicio público, pues se encontraría a merced de una multitud de regulaciones distintas y hasta contradictorias; (ii) esa concurrencia legislativa, de admitirse, provocaría la fragmentación del propio servicio, el que debería ser prestado con arreglo a las normas de cada municipalidad, perdiéndose de tal modo la unidad tarifaria, toda vez que los costos diferirían de una jurisdicción a otra y (iii) todo lo atinente al servicio público que presta exige un acabado conocimiento –saber ausente de los municipios– de las condiciones técnicas de su prestación.

Por otra parte, considera que en la sentencia se han soslayado las normas federales aplicables al caso –leyes 14.772, 15.336, 24.065– que disponen, entre las atribuciones del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), la función de velar por la protección de la seguridad, el medio ambiente, la seguridad pública en la construcción y operación de los sistema de generación y transporte de electricidad y que por ello las instalaciones y equipos se hallan sujetos a la inspección, revisión y pruebas que periódicamente realiza el ente.

Más aun –esgrime– se ha ignorado que el ENRE dictó la resolución 311/01, por la cual las empresas distribuidoras de energía deben implementar un sistema auditado y validado anualmente por una unidad técnica independiente, al igual que están obligadas a adoptar planes de detección y corrección de anomalías en instalaciones en la vía pública de mantenimiento preventivo, de control de accidentes, etc., contemplándose a la vez y específicamente, entre las tipologías de anomalías, las relativas a postes o riendas.

– III –

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es admisible, pues se ha cuestionado la validez de una ordenanza municipal por ser contraria al marco regulatorio de la electricidad de carácter federal y la decisión de la Cámara ha sido a favor de la validez de las normas locales (art. 14, inc. 2º, de la ley 48).

– IV –

En principio, cabe recordar que V.E. en Fallos: 322:2862 declaró que las autoridades locales carecen de facultades para regular cuestiones atinentes a la electricidad en el ámbito de la jurisdicción federal, por tratarse de una potestad de la Nación.

Ello es así, habida cuenta de que la materia está regulada en el orden nacional por las leyes 15.336 –Régimen de Energía Eléctrica–, 24.065 –Normas que rigen la generación, transporte, distribución y demás aspectos vinculados con la energía eléctrica– y que el tema atinente a la energía eléctrica presenta las características de un servicio público nacional. En dichos términos se expresa la ley 24.065, que regula la materia, al establecer en su art. 1º: *“Caracterizase como servicio público al transporte y distribución de electricidad... La actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo”*.

En igual sentido, el art. 6º de la ley 15.336 declara de *“jurisdicción nacional la generación de energía eléctrica, cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando:... e) en cualquier punto del*

país integren la Red Nacional de interconexión;... Serán también de jurisdicción nacional los servicios públicos definidos en el primer párrafo del art. 3º...”.

Por su parte, el art. 11 establece que *“En el ámbito de la jurisdicción nacional a que se refiere el art. 6º, y a los fines de esta ley, el Poder Ejecutivo Nacional otorgará las concesiones ejercerá las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional”* (según modificación introducida por el art. 89 de la ley 24.065).

El último párrafo del art. 11 determina que corresponderá a las provincias el otorgamiento de autorizaciones y concesiones del poder de policía correspondiente, cuando se trate de centrales, líneas y redes de jurisdicción provincial (art. 35, inc. b). En lo que aquí interesa dispone que *“Las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional... no pueden ser... sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación...”* (art. 12).

Por su parte, la ley 24.065 prevé que el transporte y la distribución de electricidad deben ser realizados prioritariamente por personas jurídicas privadas a las que el Poder Ejecutivo les haya otorgado las concesiones (art. 3º), y contempla que la infraestructura física, las instalaciones y la operación de los equipos asociados con la generación, transporte y distribución de energía eléctrica, deberán adecuarse a las medidas destinadas a la protección de las cuencas hídricas, y de los ecosistemas involucrados (art. 17). Asimismo pone en cabeza del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, que crea por su art. 54, la función de *“velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública, en la construcción y operación de los sistemas de generación, transporte y distribución de electricidad...”* (art. 56, inc. k).

El Tribunal ha sostenido en Fallos: 305:1847, de conformidad con lo dictaminado en esa oportunidad por esta Procuración General y con íntegra remisión al precedente de Fallos: 304:1186, y con particular atinencia a la electricidad, que la prestación de este servicio público está incluida en la expresión comercio (actual art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional) y es concorde con el propósito del Preámbulo de promover el bienestar general. De ahí que cuando la Nación actúa como poder concedente del servicio público, no lo hace en virtud de una gracia o permiso revocable o precario de la provincia, sino con plena jurisdicción en ejercicio de un derecho emanado de la Constitución

Nacional. Es por dicha razón que el ejercicio de facultades provinciales no puede interferir en la satisfacción de un interés público nacional (Fallos: 263:437). El sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de las provincias al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en 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 de metas comunes (conf. considerando 4º del precedente de Fallos: 304:1186).

– V –

Ahora bien, en aquel precedente (Fallos: 322:2862) se dejó en claro que aun cuando el ejercicio del poder de policía para la protección del ambiente, en el caso de la transmisión y distribución de energía eléctrica –de jurisdicción federal–, debe estar regido por el Estado Nacional, constituye una “facultad concurrente” con la de las provincias en virtud de lo dispuesto en el art. 41 de la Ley Suprema.

Por ello, estimo que en el *sub lite*, por tratarse de un conflicto derivado del ejercicio del poder de policía ambiental, de seguridad y salubridad aparecen en conflicto atribuciones del gobierno nacional y de las autoridades locales (municipales) en el marco de las que se denominan facultades concurrentes, las que se evidencian cuando esas potestades pueden ejercerse conjunta y simultáneamente sobre un mismo objeto o una misma materia, sin que tal circunstancia derive violación de principios o precepto jurídico alguno.

En efecto, no pueden desconocerse las facultades que en el caso particular del derecho ambiental corresponden a cada una de las provincias y al Estado Nacional. Cabe poner de resalto que, según tiene reiteradamente declarado V.E., la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias constituye la regla y no la excepción, por lo que las normas constitucionales deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armoniosamente evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (Fallos: 318:2374).

El poder de policía que ejerce la Nación ocasionalmente puede entrar en colisión con el que se hayan reservado las provincias, lo cual no

obsta al principio de la concurrencia de ambos poderes. El ejercicio por las autoridades locales de las facultades de poder de policía sólo puede considerarse incompatible con las ejercidas por las autoridades nacionales cuando, entre ambas, medie una repugnancia efectiva, de modo que el conflicto devenga inconciliable (Fallos: 315:1013, entre otros).

Los principios que sirven para deslindar las competencias del Estado Nacional y de las provincias también se extienden a los municipios. En este sentido, el Tribunal ha señalado que las prerrogativas de aquéllos derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen, por aplicación de los principios que surgen de los arts. 5º, 121 y 123 de la Constitución Nacional.

De acuerdo a los principios enunciados, la tesis de la parte actora estaría en la verdad legal si, efectivamente, la ordenanza impugnada constituyera un óbice al imperio y a los objetivos de la ley nacional; y las dos normas que aparecen en pugna en este debate no lo estarán en realidad siempre que actúen en las órbitas distintas que les competen y en ellas se mantengan. Sin embargo, extralimitada una u otra de las dos facultades aludidas, se habría producido como consecuencia la incompatibilidad alegada en esta causa y entonces sería el caso de decidir cuál de las dos leyes en controversia estaría con arreglo a la Constitución llamada a prevalecer (Fallos: 137:212; 300:402 y 322:2862).

A la luz de estas pautas interpretativas, corresponde examinar si la aplicación de las disposiciones del municipio, que la actora tacha de inconstitucionales, interfiere en el ámbito de actividad de la EDENOR S.A. y con el régimen de naturaleza federal que rige la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica.

Cabe señalar que por la ordenanza 18/02 se prohibió el uso, dentro del ámbito del Partido de Pilar, de postes de madera como soporte para transformadores eléctricos, sobre la base de ponderar el riesgo permanente de accidentes que el peso de dichos transformadores producirán por su caída, como asimismo, la alta peligrosidad de los aceites refrigerantes que se encuentran en aquéllos al ser eventualmente derramados, ocasionando riesgo para la vida de los vecinos y de los alumnos (v. fs. 6, decreto 37/02 que promulga la ordenanza cit.).

En ese contexto, no se advierte que las disposiciones de la Municipalidad de Pilar cuya inconstitucionalidad se sostiene, al regular as-

pectos que hacen a' la seguridad y salubridad de los ejidos y protección del ambiente, esté en pugna con las normas federales que reglan los aspectos técnicos de los servicios de energía eléctrica –cuya competencia es exclusiva de las autoridades nacionales–.

Es necesario destacar que el examen de validez constitucional de las disposiciones cuestionadas pone de manifiesto los límites a los que la más delicada función del Tribunal debe ceñirse. Como lo tiene dicho la Corte desde sus orígenes mismos y de modo reiterado, los actos dictados por las autoridades locales no pueden ser invalidados sino en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas (conf. doctrina de Fallos: 3:131; 302:1181 y 322:2331).

Por esas razones, la atribución que tiene el Tribunal de declarar inaplicables leyes o actos emanados de otros poderes del Estado Nacional, las provincias o los municipios, a título de contrarios a la Constitución o a las leyes nacionales, debe ejercerse con suma prudencia (conf. doctrina de Fallos: 312:1437).

Es por ese motivo que también debe descartarse la inconstitucionalidad de la ordenanza 18/02 a la luz del contenido de la resolución ENRE 311/01 y que la apelante esgrime en defensa de su derecho. En efecto, con arreglo al art. 1° de tal resolución, sus disposiciones constituyen una guía de “contenidos mínimos” sobre el sistema de seguridad pública que deben implementar las empresas distribuidoras, lo cual deja a salvo la facultad incuestionable de las autoridades locales de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan (Fallos: 329:2212, 2469 y 330:549, entre otros), ello, de conformidad con las atribuciones otorgadas por los arts. 41, 121, 122, 123 y 124 de la Constitución Nacional a las provincias y municipios.

Corresponde resaltar, de igual modo, que en aquella resolución el ENRE no desconoció las facultades de las autoridades locales para regular esta materia, pues sujetó la actividad de las distribuidoras al cumplimiento de las previsiones tanto nacionales como locales, al imponer a cada concesionaria que desarrolle sus tareas o servicios en condiciones tales de asegurar “...niveles de riesgos compatibles con la

ley 24.065 y demás normas y reglamentaciones nacionales, provinciales y municipales que resulten aplicables” (v. Anexo I, Sección 2, 2.1. “Alcance”, el resaltado no es del original).

Por último, en cuanto al agravio referido a que la alzada omitió dar el motivo por el cual consideró que no había efectiva repugnancia entre las normas federales que regulan el servicio público de electricidad y la ordenanza municipal, estimo que debe ser desestimado. Ello, porque los magistrados se expidieron sobre tal agravio, al expresar que no “... *se ha demostrado que las obligaciones impuestas no puedan cumplirse en el plazo acordado, ni que la medida afecte o destruya el equilibrio pecuniario de la empresa, con alteración extraordinaria de la ecuación económica del contrato de concesión, de modo que no se percibe la posibilidad de que la ordenanza produzca una efectiva y grave obstrucción esencial del servicio público nacional que imponga su descalificación constitucional*”, demostración que, cabe destacar, resultaba una carga de la recurrente de cumplimiento imprescindible. Por lo demás, tales cuestiones resultan, por naturaleza, ajenas al recurso extraordinario y sólo revisables en caso de arbitrariedad, circunstancia, ésta última que debe descartarse en el *sub lite*, toda vez que la apelante consintió la desestimación por la Cámara de la arbitrariedad de la sentencia, sin que dedujera la pertinente queja.

De todos modos, tengo para mí que los cuestionamientos de la actora se circunscriben a que las disposiciones municipales comprometen el normal desenvolvimiento del servicio público y al perjuicio económico que le ocasionaría el cumplimiento de la ordenanza impugnada y de aquellas que eventualmente podrían dictar otros municipios, sin mencionar de qué modo tal normativa interfiere, en forma concreta y efectiva, con la prestación del servicio el ámbito del Partido de Pilar o –en otras palabras– que el cumplimiento de aquéllas implique obstaculizar o paralizar el servicio eléctrico en la jurisdicción.

En suma, EDENOR no ha demostrado la afectación a los derechos constitucionales que dice vulnerados, ni que lo resuelto por la Cámara comporte un apartamiento evidente del alcance que cabe asignar a la normativa en cuestión.

– VI –

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia en cuanto fue materia de él. Buenos Aires, 23 de junio de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de octubre de 2011.

Vistos los autos: “Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (Edenor SA) c/ Municipalidad de Pilar p/ acción declarativa de inconstitucionalidad”.

Considerando:

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

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por la **Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (EDENOR SA)**, actora en autos, representada por los **Dres. Roberto O. Berizonce y Jorge Pablo Martínez**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala I**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de Campana**.

GIACHINO, LUIS ALBERTO Y OTRO c/ ESTADO NACIONAL – DIRECCION GENERAL DE SANIDAD DE FRONTERAS Y TERMINALES DE TRANSPORTE Y OTROS s/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA

CUESTION ABSTRACTA.

Si la celebración de un convenio entre la Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires determina que carezca de objeto actual la pretensión declarativa relacionada con la sujeción tributaria de la explotación de un buque casino, un pronunciamiento referente a la subsistencia o revocación de las medidas cautelares impugnadas

carecería de objeto útil, en tantos esas cautelas persiguen el aseguramiento de los efectos de un fallo que no habrá de dictarse por lo que, resultando contrario a los más elementales principios de administración de justicia mantener vivo un proceso en el que se han dictado medidas cautelares vigentes desde muy larga data, corresponde declarar abstracta la cuestión.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 1267/1275 de los autos principales (a los que me referiré en adelante), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (sala II) desestimó la apelación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GBCA) y mantuvo lo resuelto por el juez de primera instancia a fs. 906 en cuanto rechazó, por tardía e improcedente, la presentación de aquél para redefinir la cautelar dictada en autos, respecto de la sujeción tributaria de la explotación del buque casino “Estrella de la Fortuna”.

Consideró, para ello, que los límites de la medida eran claros y la circunstancia impositiva alegada como novedosa resultaba existente al momento de su dictado, por lo que no se daban los supuestos del art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que posibilitaran asignarle un nuevo significado o alcance.

Para decidir de ese modo, sostuvo que el plazo para solicitar la aclaración de una resolución es, por aplicación del art. 166 inc. 2º del CPCCN, de tres días, por lo que la viabilidad de la pretensión del GCBA en ese sentido era inadmisibile por extemporánea.

Por otro lado, señaló que el GCBA observó una conducta dual que no se avenía con el principio de buena fe. Reseñó que, así como esa parte reclamó el respeto de sus facultades para la fiscalización tributaria en el buque-casino, también sostuvo que era constitucionalmente imposible privatizar o dar en concesión una actividad lúdica en el ámbito de la ciudad; que el Gobierno Federal no podía habilitar casinos flotantes en aguas jurisdiccionales de aquélla y que era recomendable promover acciones legales para recuperar el ingreso ilícito de la empresa Casino

Buenos Aires S.A. y la revocación de su condición de persona jurídica. Entendió que estas actitudes eran contradictorias y configuraban una discrepancia interna de la administración local, lo que privaba de fundamento al reclamo relacionado con la pretensión de que se ampliara la cautelar dispuesta respecto del reconocimiento expreso de los alcances tributarios de ésta y lo tornaba, en consecuencia, un problema “improponible” a los Tribunales, en tanto la propia GCBA consideraba que la actividad que desarrolla el casino flotante es ilícita.

Asimismo, afirmó que era posible aplicar el precepto del art. 202 del CPCCN “puesto que no medió variación ponderable de las circunstancias”.

Con relación a las resoluciones del juez de primera instancia, obrantes a fs. 1162 y vta. y 1228/1229, que dispusieron que no se innovara en la situación tributaria (en cuanto al impuesto a los ingresos brutos) respecto de la actividad que se lleva a cabo a bordo del buque “Estrella de la Fortuna”, debiendo abstenerse la Dirección de Rentas del GCBA de todo acto que implique determinación, intimación y ejecución de sumas de dinero correspondientes a dicho impuesto hasta tanto la cámara se expida respecto de la apelación interpuesta contra la resolución de fs. 906 que consideró extemporánea la presentación del GCBA para definir los alcances de la cautelar dispuesta a fs. 59/64, la alzada sostuvo que “habida cuenta (de) los términos de este pronunciamiento y el alcance con el que fueron dictadas (ver último párrafo, *in fine*), nada cabe decidir a su respecto”.

– II –

Disconforme, el GCBA interpone el recurso extraordinario de fs. 1378/1397 que, denegado a fs. 1415/1416, motiva la presentación en queja.

En síntesis, el recurrente sostiene la arbitrariedad de la sentencia en que: a) afecta directamente el patrimonio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las atribuciones propias e indelegables del Gobierno local; b) se produjeron circunstancias que alteraron el significado y alcance de la cautelar dictada en autos, lo que requiere su ajuste al objeto del proceso –por aplicación del art. 202 del CPCC–, en cuanto a que: a) la propia empresa Casino Buenos Aires S.A. es quien se considera exenta del pago del impuesto a los ingresos brutos y así lo refleja

la auditoría contable al balance general correspondiente al ejercicio 2002 presentado en la Inspección General de Justicia y las cartas-documento y presentaciones varias de la sociedad ante la Dirección de Rentas del GCBA; b) es la actora la que pretende –y lo logró con las cautelares de fs. 1162 y 1228– dar un alcance distinto a la medida dictada a fs. 59/64; c) las medidas de no innovar en materia tributaria violan el ordenamiento jurídico, porque el contrato de concesión entre Casino Buenos Aires y Lotería Nacional S.E. prevé el pago de toda tasa, impuesto o contribución de cualquier origen o naturaleza por el ejercicio de la actividad (art. 29 del Pliego) y, como tal, se encuentra alcanzado por el art. 119 del Código Fiscal local; d) se dictan nuevas medidas de no innovar –a instancias de la actora– que precisan los alcances de la anterior, cuando el tribunal había rechazado la presentación de la demandada porque los términos de la cautelar eran suficientemente claros, lo que denota que el juzgador actúa contra sus propios actos; e) la supuesta conducta contradictoria o actitud dual del GCBA no es apoyo válido para denegar el recurso, máxime cuando se omite todo análisis respecto del convenio suscripto entre las jurisdicciones federal y local en relación con la actividad de la actora; f) con el convenio de octubre de 2003 quedó legalizada la actividad de la actora con la conformidad del GCBA e incluso perdió virtualidad la cautelar originaria referida a la habilitación del buque-casino; g) la aclaración solicitada al juez de grado no es la del art. 166, inc. 2° del CPCC, como sostiene la alzada, sino la aplicación del art. 202 del mismo cuerpo legal ante la modificación de las circunstancias que alteraron la cautelar originaria; h) la cámara omitió resolver las apelaciones deducidas contra las resoluciones de fs. 1162 y 1228; i) las atribuciones del GCBA en materia impositiva no pueden excluirse en virtud de lo establecido en el art. 75, inc. 30 de la Constitución Nacional, en la hipótesis de encontrarnos frente a un establecimiento de utilidad nacional, toda vez que la jurisdicción es compartida con la nacional; j) el pronunciamiento sólo expresa la voluntad subjetiva de los sentenciantes, es una derivación irrazonable del derecho vigente en tanto prohíbe al GCBA –sin causa justificante– el ejercicio de sus potestades tributarias y omite evaluar y pronunciarse sobre articulaciones serias introducidas al proceso sin fundamento suficiente.

– III –

V. E. tiene dicho que las resoluciones sobre medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o revoquen, no revisten carácter de

sentencia definitiva para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; entre otros). No obstante, se reconoce excepción a dicho principio, cuando lo dispuesto cause un agravio que, por su magnitud o circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior o exista gravedad institucional (Fallos: 323:337, entre muchos).

También el Tribunal reiteradamente rechazó la admisibilidad del recurso extraordinario cuando el planteo se refiere a cuestiones procesales, sin perjuicio de reconocer excepciones si mediare arbitrariedad del pronunciamiento.

Tengo para mí que, en el presente, al haber la alzada admitido la vía del art. 202 del CPCCN –si bien por vía de su rechazo al considerar que no mediaron circunstancias que tornaran aplicable dicho precepto– resolvió dogmática y arbitrariamente, toda vez que no analizó las variaciones alegadas y comprobables en el proceso que ameritaban una nueva evaluación de la medida dispuesta o, por lo menos, una aclaración en su aspecto tributario. Con mayor razón, pues pudo –en contradicción con su propia postura– decidir la abstención del cobro impositivo por parte del GCBA ante un pedido en tal sentido de la empresa concesionaria de casinos.

Por otro lado, si bien las resoluciones de fs. 1162 y vta. y 1228/1229 son medidas de no innovar dispuestas “hasta tanto” se resuelva el recurso de apelación contra la resolución denegatoria de fs. 906 y la alzada manifestó no decidir a su respecto, considero –en rigor– que las apelaciones contra aquéllas fueron resueltas implícitamente por la cámara cuando sostuvo que los planteos eran “improponibles” al tribunal impidiendo, de ese modo, su análisis por el órgano judicial.

Tampoco se entiende el argumento de la alzada respecto del comportamiento dual de la demandada, máxime cuando los argumentos para su examen se refieren a las cuestiones relativas a la habilitación de la concesión de la actividad del buque-casino (objeto de la demanda), que fueron zanjadas, en principio, con la cautelar de fs. 59/65, no cuestionada aquí, y con los términos del convenio suscripto entre Lotería Nacional S.E. y el GCBA, aprobado por la legislatura local (ley 1182), y lo ahora discutido se refiere a la extensión de la medida de no innovar (en rigor, al dictado de una nueva), concerniente a la potestad tributaria del gobierno local, es decir, a si compete a éste el cobro de los tributos pertinentes, en especial, el impuesto a los ingresos brutos.

Considero que, en lo demás, resulta evidente que las resoluciones apeladas incurren en graves defectos de fundamentación al haber omitido tener en cuenta que la percepción de las rentas públicas es condición indispensable para el funcionamiento regular del Estado y que las medidas cautelares que conllevan su postergación debe ser examinadas con absoluta estrictez (Fallos: 313:1420), a la vez que le impone a la Ciudad que se abstenga de exigir el cobro del tributo, privándola de una herramienta de singular importancia para el funcionamiento de la comunidad, y exime al concesionario de cumplir con obligaciones de su contrato como la de abonar todos los impuestos, tasas y contribuciones de cualquier origen o naturaleza por el ejercicio de la actividad (art. 29 del pliego, fs. 173).

– IV –

Por lo expuesto, opino que cabe admitir la queja, revocar la sentencia de fs. 1267/1275 en cuanto fue motivo del recurso extraordinario y devolver las actuaciones a origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. Buenos Aires, 14 de diciembre de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de octubre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa Giachino, Luis Alberto y otro c/ Estado Nacional – Dirección General de Sanidad de Fronteras y Terminales de Transporte y otros”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que las circunstancias de la causa han sido adecuadamente descriptas por la señora Procuradora Fiscal en los capítulos I y II de su dictamen, a los que cabe remitirse para evitar repeticiones innecesarias.

2º) Que si bien, en principio, las resoluciones sobre medidas cautelares no revisten el carácter de sentencia definitiva que habilite

su tratamiento por la vía extraordinaria, cabe hacer excepción a tal principio cuando –como acontece en el *sub lite*– lo decidido cause un agravio que pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 329:440; 330:5251, entre muchos otros).

3°) Que, como lo señala la señora Procuradora Fiscal en el capítulo III de su dictamen, el *a quo* prescindió de examinar las variaciones alegadas y comprobables en el proceso que válidamente justificaban un nuevo examen de la cuestión, en tanto esos elementos podrían tener virtualidad para incidir en su solución. En efecto, la suscripción del convenio celebrado entre la Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad de Buenos Aires, denunciado a fs. 1006 por la demandada, y ratificado por la ley 1182 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por el decreto 1155/2003 del Poder Ejecutivo Nacional, no fue siquiera examinado por la cámara de apelaciones a los efectos de ponderar si se habían modificado las circunstancias tenidas en cuenta al dictarse las medidas cautelares en la causa.

4°) Que coincide asimismo este Tribunal con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, en cuanto la cámara, al atribuir contradicción a la demandada por reclamar el ejercicio de sus potestades impositivas respecto de una actividad que califica como ilícita, omite considerar la diferencia, alegada por esa misma parte, entre el ejercicio del poder de policía referente a la habilitación de la actividad del buque casino, y la potestad tributaria del gobierno local que podría recaer sobre dicha actividad.

5°) Que, del mismo modo, el *a quo* ha prescindido de aplicar los principios reiteradamente sostenidos por este Tribunal que imponen examinar con criterio estricto las medidas cautelares que impiden la percepción de las rentas públicas, en tanto éstas resultan indispensables para el funcionamiento del Estado y el sostenimiento de los intereses de la comunidad (Fallos: 312:1010; 316:2922; 328:3638, entre otros).

6°) Que, por lo expuesto, y demás razones expresadas en el dictamen de la Procuración General de la Nación, los graves defectos de fundamentación que presenta el pronunciamiento conducen a su descalificación como acto jurisdiccional, según la conocida doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias.

7º) Que cabe señalar que este proceso fue iniciado en el año 1999, con lo que lleva hasta el presente doce años de tramitación, sin que se registre avance alguno desde su primera etapa hacia el dictado de sentencia. Debe añadirse que la primera de las medidas cautelares dictadas ha permanecido vigente durante igual lapso y ha sido prevista su vigencia hasta la finalización del pleito, en tanto la aquí recurrida lleva ya siete años en vigor.

En tales condiciones, y a efectos de evitar mayores demoras susceptibles de causar daños irreparables, corresponde que este Tribunal emita pronunciamiento sobre el fondo del asunto (art. 16 de la ley 48).

8º) Que debe tenerse presente que esta causa fue promovida como acción declarativa contra el Estado Nacional, la Administración General de Puertos y la Ciudad de Buenos Aires para que se *“declare que el control de las actividades que se realizan en el buque ‘Estrella de la Fortuna’ en cuanto relacionadas con la habilitación que le otorgara la Administración de Puertos Sociedad del Estado, la Prefectura Naval Argentina, la Dirección de Fronteras y la Lotería Nacional Sociedad del Estado, es de competencia exclusiva y excluyente de estas autoridades nacionales, resultando incompetentes las autoridades del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para ejercer poderes de policía sobre dichas actividades habilitadas por la autoridad federal en el buque bajo mi mando, en tanto surto en un puerto también sometido a la jurisdicción federal”* (fs. 2).

9º) Que, por consiguiente, en la mejor de las hipótesis para la demandante, si prosperara íntegramente su pretensión declarativa, no podría obtener un pronunciamiento que le otorgara más de lo pedido, es decir el reconocimiento de que la habilitación para desarrollar su actividad es de competencia exclusiva y excluyente de las autoridades nacionales y que no corresponde a las de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejercer poder de policía sobre dichas actividades.

De tal modo, resulta manifiestamente ajeno al objeto de esta *litis* un pronunciamiento relativo al ejercicio de las potestades tributarias locales, que no guarda correspondencia alguna con la pretensión declarativa deducida.

10) Que, en mérito a lo expuesto precedentemente, carece de sustento tanto la decisión de declarar extemporáneo el pedido de delimitación del alcance de la cautela originariamente dictada, como la tácita

convalidación de las decisiones de fs. 1162 y fs. 1228/1229, puesto que con ello se dejan subsistentes medidas cautelares nítidamente improcedentes, que tratarían de asegurar un objeto procesal nunca articulado en la acción declarativa.

11) Que, por otra parte y como fue señalado *supra*, a efectos de decidir las cuestiones planteadas en el remedio federal, resulta ineludible considerar el convenio celebrado entre la Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ratificados por la ley local N° 1182 y por el decreto 1155/2003 del Poder Ejecutivo Nacional.

12) Que en los considerandos del mencionado decreto del Poder Ejecutivo Nacional se expresa que *“el objeto del referido convenio es reglar la participación de cada una de las jurisdicciones en el producido de la comercialización de juegos de azar, destreza y apuestas mutuas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*, agregándose que: *“...se pone fin así a un conflicto que ha llevado a la iniciación de una importante cantidad de litigios judiciales, tanto en la Justicia Federal como en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, promovidos por instituciones públicas y locales, organizaciones no gubernamentales y también particulares, en los que se han dictado distintos pronunciamientos y medidas cautelares sosteniendo, sin que exista un pronunciamiento definitivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el particular, criterios contradictorios.”*

13) Que resulta manifiesto que el objeto del convenio subsume el de la presente acción declarativa, en tanto dirime nítidamente los puntos que en esta acción se pretende esclarecer, a lo que se agrega que se aplica concretamente al supuesto examinado en la causa.

En efecto, tal como se indica en los considerandos del decreto 1155/2003 del Poder Ejecutivo Nacional, el convenio regula la participación de cada una de las jurisdicciones en el producido de la comercialización de los juegos de azar a los que se refiere. Así, en la cláusula primera de dicho convenio se consigna que es celebrado en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 129 de la Constitución Nacional, 6 de la ley 24.588 y demás leyes nacionales, 50 y cláusulas transitorias segunda y decimonovena de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en las leyes 538 y 916 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 598/90, hallándose sujeto a la aprobación de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos

Aires, la del Directorio de Lotería Nacional Sociedad del Estado y de su asamblea y del Poder Ejecutivo Nacional, extremos todos a los que se ha dado cumplimiento.

14) Que, en el marco normativo descripto, las partes han acordado las pautas concernientes a la habilitación de los establecimientos dedicados al juego, tanto de los existentes como de los que en el futuro se autoricen, así como el ejercicio de los poderes locales de control (cláusula tercera). Se fijó asimismo el régimen de distribución de las utilidades que produzcan los juegos que la Lotería Nacional explota y comercializa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, detallados en el Anexo I que integra dicho acuerdo. En él se consigna, entre los juegos comercializados o autorizados por Lotería Nacional Sociedad del Estado, el comprendido por la Resolución 292/99, que aprueba el trámite de selección del operador del casino al que se refiere la presente acción declarativa.

15) Que reiteradamente ha sostenido este Tribunal que sus fallos deben atender a las circunstancias existentes al momento de ser dictados, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 310:819; 324:3948; 328:3142, entre muchos otros).

En el presente caso, la celebración del acuerdo referido *supra*, formalmente ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional y por la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, determina que carezca de objeto actual la pretensión declarativa articulada en estas actuaciones.

Por ello, un pronunciamiento del Tribunal referente a la subsistencia o revocación de las medidas cautelares impugnadas carecería de objeto útil, en tanto esas cautelares persiguen el aseguramiento de los efectos de un fallo que no habrá de dictarse, por resultar abstracto el diferendo originariamente planteado.

16) Que las circunstancias descriptas imponen a este Tribunal arbitrar las medidas destinadas a encauzar y corregir los excesos deformantes que presenta el litigio (doctrina de Fallos: 327:3515; competencia N° 598 XLIII “Multicanal S.A. y otro c/ CONADECO – 527/05 y otro”, sentencia del 12 de junio de 2007; Fallos: 330:4094).

En efecto, resulta contrario a los más elementales principios de administración de justicia, mantener vivo un proceso en el que se han dictado medidas cautelares vigentes desde muy larga data, cuando re-

sulta evidente que la decisión pretendida ha devenido abstracta por la modificación del contexto fáctico en que se inscribió la acción (doctrina de Fallos: 330:4094; 331:1869; 333:1474, entre otros).

Por las razones expuestas, y —en lo pertinente— lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se deja sin efecto lo resuelto y se declara abstracta la cuestión planteada en la presente acción declarativa. Las costas se imponen en el orden causado en atención a las particulares circunstancias del caso, puestas de relieve en los considerandos de la presente. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dispongan las medidas para dar cumplimiento a la presente. Exímese 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. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase.

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

Recurso de hecho deducido por **el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, representado por el Dr. Carlos Alberto Isnardi con el patrocinio letrado del Dr. Mario Armando Agüero Lavigne.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala II.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7.**

GIOIA, GUSTAVO AMERICO Y OTRO c/ CONSOLIDAR A.R.T. S.A.
s/ COBRO DE PESOS

RIESGOS DEL TRABAJO.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por la cual los progenitores del causante perseguían el pago único de la indemnización por muerte por el accidente ocurrido en ocasión del trabajo, pues no provee respuesta a sus argumentos concretos, hallando solución el asunto debatido, en el precedente “Milone” (Fallos: 327:4607) a cuyos términos cabe remitir, y si bien allí se declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, ítem 2, de la LRT, es clara la analogía

entre ambos casos, desde que, por el deceso del trabajador, la regla impugnada también reconoce una renta periódica mensual a sus derecho-habientes, a partir de la suma correspondiente a la prestación dineraria obtenida en el marco de los artículos 15, apartado 2, 18 y 19 de la ley N° 24.557.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RIESGOS DEL TRABAJO.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por la cual los progenitores del causante perseguían el pago único de la indemnización por muerte por el accidente ocurrido en ocasión del trabajo, pues la circunstancia de la transferencia de los fondos reclamados a la AFJP, no impedía dar respuesta al planteo concreto con fundamento en normas fundamentales que fueron reiteradas en la contestación de agravios ante la alzada y que se soslayaron totalmente en el decisorio, sin advertir que más allá que formalmente se había cumplido con el procedimiento ordenado por la reglamentación, los actores habían rechazado desde el primer momento la forma de pago dispuesta por la ley, que nunca aceptaron suscribir un contrato de renta vitalicia, ni ninguna otra forma que no fuese en un pago único y que por esa razón plantearon la inconstitucionalidad del sistema.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los Jueces de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocaron la sentencia de primera instancia –que admitió el reclamo de pago único de la indemnización por muerte por accidente ocurrido en ocasión del trabajo, con fundamento en el precedente “Milone” (v. fs. 153/161)– y rechazaron la demanda.

Para así decidir, el *a quo* defendió la regularidad constitucional del sistema implementado por la Ley de Riesgos de Trabajo (24.557). Tuvo en cuenta que la Corte en el caso “Milone” decretó la inconstitucionalidad del pago en renta; sin embargo –señaló– que en el caso se daban particularidades diferentes que impedían hacer prosperar la acción por los fundamentos vertidos en dicho antecedente. Destacó que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo cumplió adecuadamente su obligación legal en cuanto depositó en la cuenta de capitalización

individual que había sido abierta a nombre del causante la indemnización correspondiente al infortunio (v. fs. 193/194) y que una eventual condena al pago de lo que depositó traería aparejada una situación no ajustada a derecho (v. fs. 201/202).

Contra tal pronunciamiento la actora dedujo el recurso extraordinario federal, el que contestado por la demandada, fue denegado y dio origen a la queja en examen (v. fs. 244/253; fs. 256/258, fs. 260, y fs. 49/53 del cuaderno respectivo).

– II –

En el caso, los actores –progenitores del causante– reclaman el pago en una suma única de la indemnización por accidente de trabajo, en el que perdió la vida el hijo de ambos reclamantes. Solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del pago en cuotas del resarcimiento previsto en la Ley de Riesgos de Trabajo (N° 24.557) por resultar incompatible con las garantías previstas, entre otras normas, por los arts. 14 bis, 16, 17, 19, 23, 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Expusieron, con fundamento en el precedente de Fallos: 327:4607 (“Milone”) que el régimen indemnizatorio de renta periódica, puede conducir a resultados opuestos a los “objetivos” legales a los que debe servir, y a un apartamiento de la tendencia a aproximarse a las efectivas necesidades que experimentan los damnificados. Agregaron que también es reprochable tal modalidad por no establecer excepción alguna para supuestos, como el *sub examine*, en que el criterio legal no se adecua al objetivo reparador cuya realización se procura. Finalmente, destacaron que la norma consagra una solución incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor (art. 14 bis CN); al mismo tiempo mortifica el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida, e introduce un trato discriminatorio (v. fs. 10).

La juez de primera instancia acogió la pretensión en cuanto entendió que la LRT no daba una respuesta idónea a la reparación pretendida en la medida que en el caso se trata del fallecimiento de un trabajador soltero de 28 años de edad, cuyos padres en su condición de beneficiarios de la indemnización devengada, les corresponde disponer de su dinero en la forma que le resulte más conveniente a los fines de afrontar su modo de vida, de acuerdo a sus propias pautas culturales. Sostuvo, que nadie puede arrogarse la potestad de decidir al respecto

y al propio proyecto de vida (v. fs. 157). Entre otros detalles, tuvo en cuenta que sobre el tema examinado se había pronunciado la Corte en el precedente “Milone” (v. fs. 155/156) y señaló que el carácter integral e irrenunciable de la Seguridad Social señalado en la Constitución Nacional es conculcado cuando la indemnización que corresponde por la muerte del trabajador es percibida a través de una renta –prestación de pago mensual complementaria–. Explicó que el mencionado sistema desvirtúa la función reparadora de la indemnización afectando directamente los principios que nacen de la Constitución Nacional (arts. 14, 14 bis, 16, 43, 75 incisos 19, 22 y 23 de la CN).

– III –

En mi criterio, le asiste razón a los recurrentes en su tacha, pues la sentencia no provee respuesta a sus argumentos concretos. Además y en relación al fondo del asunto en debate, advierto que el problema encuentra suficiente contestación en el precedente de Fallos: 327:4607 (Milone), a cuyos términos corresponde remitir, en todo lo pertinente, en razón de brevedad. Y es que, si bien el Máximo Tribunal declaró allí la inconstitucionalidad del artículo 14, ítem 2, de la LRT, es clara la analogía entre casos como el presente y el allí considerado desde que, por el deceso del trabajador, la regla impugnada también reconoce una renta periódica mensual a sus derecho-habientes, a partir de la suma correspondiente a la prestación dineraria obtenida en el marco de los artículos 15, apartado 2, 18 y 19 de la ley N° 24.557 (cfr. CSJN *in re* “T.168, L. XLI, Torales, Gustavo Ramón c/ Provincia ART s/ acc. Ley 9688, sentencia del 29 de mayo de 2007” y “A. 2486, L.XL Aquino, Adela Ramona p/ sí y en representación de sus hijos menores Nicolás Alberto y Matías Omar Maciel Aquino c/ Siembra AFJP y otro s/ acción de amparo, sentencia del 24 de junio de 2008, entre otros).

Asimismo V.E., señaló que no obstante percibir los derechohabientes por la muerte del damnificado la compensación dineraria adicional de pago único prevista en el art. 11, apartado 4 de aquella, quedó demostrado que el régimen indemnizatorio complementario de renta periódica contemplado en él conduce a un pago mensual que no satisface el objetivo reparador que la norma predica, e impide a quienes reclaman en un pago único el capital depositado, el ejercicio de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido, en el que se inserta la formulación de su proyecto de vida, ya modificado traumáticamente por la muerte del trabajador (Fallos: 331:1510).

Sin perjuicio de lo expresado, cabe puntualizar que la decisión del *a quo* en cuanto a de un lado, que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo cumplió adecuadamente su obligación legal y de otro, que una eventual condena al pago de lo que depositó traería aparejada una situación no ajustada a derecho, no da respuesta a los serios planteos formulados por los reclamantes. En efecto, la circunstancia de la transferencia de los fondos reclamados a la AFJP, no impedía dar respuesta al planteo concreto con fundamento en normas fundamentales que fueron reiteradas en la contestación de agravios ante la alzada (v. fs. 178/179) y que se soslayaron totalmente en el decisorio, sin advertir que más allá que formalmente se había cumplido con el procedimiento ordenado por la reglamentación, los actores hablan rechazado desde el primer momento la forma de pago dispuesta por la ley, que nunca aceptaron suscribir un contrato de renta vitalicia, ni ninguna otra forma que no fuese en un pago único y que por esa razón plantearon la inconstitucionalidad del sistema (v. fs. 9/10).

Desde esa perspectiva, le asiste razón a los recurrentes en cuanto plantean que resulta una situación ajustada a derecho el reclamo por una indemnización de pago único, frente a la circunstancia que no recibieron nada de la ART obligada, salvo la suma correspondiente a la compensación dineraria adicional de pago único del art. 11 inc c. de la LRT. En tal sentido, señalan los reclamantes que sólo tienen a su disposición en la AFJP los aportes voluntarios del hijo fallecido que se traducen en una renta mensual de \$ 190 y que requieren en un pago único el importe de \$ 58.648,17 correspondiente a la reparación por el accidente (art. 15 segundo párrafo ap. 2 de la LRT) y todavía se encuentra en manos de la AFJP.

Al respecto, la respuesta del *a quo* limitándose a señalar que en el caso se trataban de particularidades diferentes a las que la Corte tuvo en cuenta en el precedente “Milone”, mencionado, que impedían hacer prosperar la acción porque se había pronunciado con posterioridad al hecho que la demandada ya había transferido los fondos correspondientes a la indemnización reclamada adecuándose a la normativa vigente en ese momento (v. fs. 202, párrafos 1º y 5º) no acude a solventar el planteo referido a la vulneración de los derechos denunciados por los reclamantes, puntualizados en detalle *ut supra*.

No obstante lo señalado, cabe advertir que el *a quo* tampoco se hizo cargo de las constancias de la causa de la que surge, desde el primer momento, que los reclamantes en autos no se habían presentado a ini-

ciar el beneficio de Pensión por Fallecimiento (v. fs. 85), tampoco de lo solicitado por la actora, con posterioridad (fojas 198) ante lo manifestado por la AFJP (Máxima S.A. AFJP). Esta información es reiterada con anterioridad al pronunciamiento de alzada, sin embargo no se reparó en ella en cuanto la Aseguradora afirma que: “...*hasta la actualidad, no se han acercado a esta Administradora derechohabientes del Sr. Gioia, a recibir asesoramiento para el inicio de la prestación de Pensión por Fallecimiento...*”. Luego, hacen saber que “...*Máxima S.A. AFJP se encuentra en condiciones de poner a disposición de los herederos los aportes obligatorios y/o voluntarios obrantes en la Cuenta de Capitalización Individual del causante; mediante una entrega o depósito judicial, ya que solo se utiliza para el pago de la prestación de Pensión por Fallecimiento, el Saldo de ART obrante...*” (v. fs. 194).

– IV –

Por lo dicho, estimo corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, dejar sin efecto la sentencia y disponer que vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo expuesto. Buenos Aires, 12 de noviembre de 2009. *Marta A. Beiró de Gonçalves.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de octubre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Gioia, Gustavo Américo y otro c/ Consolidar ART S.A.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los argumentos 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 y se deja sin efecto la sentencia. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se

dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Elba Ramona Barrios y Gustavo Américo Gioia**, representados por **la Dra. Florencia Alejandra Pan**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 59**.

SUAREZ, CARLOS ALBERTO
c/ REPRESENTACIONES S.R.L. Y OTROS s/ DESPIDO

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO.

Si la resolución que concedió el recurso extraordinario, lejos de constituir un pronunciamiento circunstanciado, categórico y dotado de unidad lógico-jurídica, ha incurrido en serios desaciertos formales y conceptuales y mediante una confusa redacción se refirió exclusivamente a un tema accesorio, como es el atinente a las costas, corresponde declarar su nulidad, al no dar satisfacción a los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se hallaba destinada, así como también la nulidad de la decisión posterior, que —ante las aclaratorias interpuestas— consideró a esta resolución “suficientemente clara”.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de octubre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que ante la deducción del recurso extraordinario federal por la parte actora —en el que planteó diversos agravios fundados en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias— la Sala III de la Cámara

Nacional de Apelaciones del Trabajo decidió concederlo (fs. 1296/1327, 1411 y 1421).

Los argumentos del *a quo* para arribar a tal resultado fueron los siguientes: “(e)l recurso extraordinario es formalmente admisible pues en el caso se encuentra en tela de juicio el orden público laboral en tanto se halla en riesgo la intangibilidad del crédito laboral reconocido en estas actuaciones al accionante, dada la forma en que se impusieron las costas de ambas instancias.

Por ello, ante el modo de resolverse la cuestión y la índole de la cuestión debatida, las costas serán soportadas por su orden (art. 68, 2da. parte, del CPCCN).

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: I.– Conceder el recurso extraordinario deducido por el actor Carlos Alberto Suárez. II.– Declarar las costas en el orden causado. Notifíquese y oportunamente, devuélvase” (itálica agregada, cfr. fs. 1141).

2º) Que frente a las aclaratorias interpuestas por las codemandadas, la cámara sostuvo que nada justificaba un mayor discernimiento. No puede interpretarse de otro modo lo resuelto a fs. 1421: “(l)a resolución de fs. 1411 resulta suficientemente clara, razón por la cual debe desestimarse el pedido de aclaratoria de dichas codemandadas”.

3º) Que contrariamente a lo afirmado en esta última decisión, el auto en cuestión nada exhibe de diáfano, pues mediante una confusa redacción se refirió exclusivamente a un tema accesorio, como es el atinente a las costas, cuando el remedio federal contenía agravios referidos a la cuestión sustancial, los que fueron absolutamente omitidos en su consideración.

Asimismo, los términos de la resolución examinada autorizan a inferir que –mediante un evidente exceso de jurisdicción– se pretendió revocar lo decidido en la sentencia definitiva en punto a los gastos causídicos, toda vez que tras referirse a “*la forma en que se impusieron las costas de ambas instancias*”, se expresó: “(p)or ello, ante el modo de resolverse la cuestión y la índole de la cuestión debatida, las costas serán soportadas por su orden (art. 68, 2da. parte, del CPCCN)”, cfr. fs. 1411, 3º párrafo, itálica agregada.

Por último, al “conceder el recurso extraordinario deducido por el actor Carlos Alberto Sánchez” –lo transcrito corresponde a la parte resolutive del auto examinado– se omitió expresar cuáles eran los alcances de tal concesión, de modo tal que, además, la decisión exhibe una innegable ambigüedad.

4º) Que esta Corte ha dicho reiteradamente que nada releva a los órganos judiciales de resolver circunstanciadamente si la apelación federal, *prima facie* valorada, cuenta con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un caso excepcional, como lo es el de la arbitrariedad (Fallos: 323:1247; 325:2319).

De ser seguida una orientación opuesta, el Tribunal debería admitir que su jurisdicción extraordinaria se viese, en principio, habilitada o denegada sin razones que avalen uno u otro resultado, lo cual irroga un claro perjuicio al derecho de defensa de los litigantes y al adecuado servicio de justicia de la Corte (Fallos: 323:1247 y 325:2319, entre otros).

5º) Que los referidos términos del auto de concesión evidencian que el *a quo* no analizó circunstanciadamente (“con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad” según la definición de la Real Academia) la apelación federal, para poder efectuar la valoración a que obliga la doctrina citada precedentemente (Fallos: 332:2813 y 333:360, entre otros).

En el *sub examine* y por lo antedicho, la resolución que concedió el remedio federal, lejos de constituir un pronunciamiento circunstanciado, categórico y dotado de unidad lógico-jurídica, ha incurrido en serios desaciertos formales y conceptuales. De tal modo, debe ser declarada su nulidad, al no dar satisfacción a los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se hallaba destinada (cfr. fallos citados precedentemente).

Por ello, se declara la nulidad de la decisión por la que se concedió el recurso extraordinario y la de fs. 1421, que consideró a aquélla “suficientemente clara”. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **Carlos Suárez, por su propio derecho**, con el patrocinio letrado del Dr. **Emilio Parodi**.

Traslado contestado por **Río Paraná TV S.R.L. (codemandada)**, representada por el Dr. **Sergio Fabio Carciofi**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional del Trabajo N° 80**.

NOVIEMBRE

ASOCIACION ARGENTINA DE ABOGADOS AMBIENTALISTAS c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTROS s/ AMPARO AMBIENTAL

MEDIO AMBIENTE.

El hecho de que la demandante sostenga que la causa concierne a normas de naturaleza federal, no funda *per se* la competencia originaria del Tribunal en razón de la materia, pues esta jurisdicción procede tan sólo cuando la acción entablada se basa –directa y exclusivamente– en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa, pero no cuando se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes locales, como son los atinentes a la protección ambiental en las provincias afectadas.

DAÑO AMBIENTAL.

La configuración del presupuesto que hace surtir la competencia federal en cuestiones ambientales, debe encontrarse debidamente acreditado, en forma tal que permita afirmar que “el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales” (artículo 7, ley 25.675).

MEDIO AMBIENTE.

Tratándose de cuestiones atinentes al ejercicio del poder de policía ambiental, que se relacionan directamente a las particulares características de las zonas donde se utilizan agroquímicos, a las condiciones de aplicación, a la capacitación de los aplicadores y a la gestión de los residuos de envases, entre otras circunstancias de índole netamente local, en virtud de la incompetencia de la Corte para entender en el caso por vía de su instancia originaria, la demandante deberá interponer sus pretensiones ante las jurisdicciones que correspondan, según la persona que, en uno u otro caso, opte por demandar: ante la justicia federal de serlo el Estado Nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a las provincias, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también pueden comprender estos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del artículo 14 de la ley 48.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA.

Para que proceda la referida competencia en los juicios en los que una provincia es parte, resulta necesario que se trate de una causa exclusivamente federal o de

naturaleza civil en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria, quedando exclusivos de dicha instancia aquellos procesos que rigen por el derecho público local, requiriéndose además que la provincia revista el carácter de parte en el pleito, no sólo 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, interés que debe surgir en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Voto de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

MEDIO AMBIENTE.

Resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte, el proceso atinente al ejercicio del poder de policía ambiental, relacionado directamente a las particulares características de las zonas donde se utilizan agroquímicos, a las condiciones de aplicación, a la capacitación de los aplicadores y a la gestión de los residuos de envases, entre otras circunstancias de índole netamente local, pues la sociedad actora no logró probar cuál sería el recurso natural de carácter interjurisdiccional que se encontraría presuntamente afectado y tampoco delimitó los suelos que estarían eventualmente contaminados, sino que sólo hizo una referencia genérica de que el problema que expuso lo tienen las tres provincias que citó en las que se desarrolla actividad agrícola-ganadera, sin conseguir encuadrar la cuestión debatida en los términos del arto 7° de la ley 25.675 General del Ambiente. (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas, sociedad no gubernamental que propende a la defensa del medio ambiente, deduce acción de amparo en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional y 30 de la ley 25.675 General del Ambiente, a fin de obtener que V.E. ordene al Poder Ejecutivo Nacional que:

I. Ponga en funcionamiento la Comisión Nacional de Investigación, creada por el art. 1° del decreto del P.E.N. 21/09, en un plazo no mayor a 180 días, para que investigue si existen casos de contaminación de la salud humana y del medio ambiente originados en la utilización del herbicida glifosato y del pesticida endosulfam, que se aplican a la

agricultura, en particular, a la siembra de soja transgénica y a otros productos tales como el maíz, el trigo, el girasol, etc., en todo el territorio de la República Argentina.

II. Realice un relevamiento de las supuestas poblaciones afectadas y les brinde la asistencia sanitaria que corresponda.

III. Organice una campaña de publicidad nacional mediante la cual se informe a la población, tanto a través de la prensa escrita como de medios audiovisuales, los efectos negativos que ocasiona la aplicación de tales agroquímicos.

IV. Implemente una política nacional de etiquetado de productos alimenticios que se elaboren con soja transgénica.

Promueve esta acción contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo y Ministerio de Salud - Comisión Nacional de Investigación), por haber permitido –a su entender– en forma indiscriminada y negligente la utilización de estas sustancias y por el incumplimiento en que incurrió al no ejecutar el decreto del P.E.N. 21/09.

También co-demanda a las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, en cuanto han prohibido, de algún modo, mediante resoluciones judiciales u otros mecanismos, el uso de tales agroquímicos en sus respectivas jurisdicciones.

Solicita la citación como tercero a juicio, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de Monsanto Argentina S.A.I.C., por ser la empresa que se dedica en forma monopólica –según dice– a la comercialización y producción de tales sustancias.

Asimismo, peticiona que se dicte una medida cautelar innovativa por la cual se ordene la suspensión de la comercialización, la venta y la aplicación de glifosato y de endosulfam a dicha empresa en todo el territorio del país, hasta tanto se expida aquella Comisión.

A fs. 52, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

Con posterioridad, también se remitieron:

a. El escrito por el que Eduardo Luis Mezio, vecino de la Provincia de Santa Fe, adhiere a la demanda en calidad de tercero.

b. La presentación efectuada por la empresa Monsanto Argentina S.A.I.C.

c. La comunicación preliminar de la actora sobre el estudio que se está desarrollando en el laboratorio de Embriología Molecular CONICET –UBA– respecto del efecto del glifosato en embriones de anfibios.

– 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 hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inc. 1º, 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).

Sentado lo expuesto, entiendo que el asunto radica en determinar si en el *sub examine* se configuran dichos requisitos.

Cabe señalar que en las causas referidas a cuestiones ambientales la competencia originaria procede si es parte una provincia y la materia del pleito reviste naturaleza exclusivamente federal, para lo cual es necesario que se configure la interjurisdiccionalidad prevista en el art. 7º, segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente 25.675, 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 este orden de ideas, 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, estableciendo 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).

Al respecto, 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– 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 demuestre que resulta verosímil la afectación de las jurisdicciones involucradas (Fallos: 329:2469 y 330:4234).

En el *sub lite*, a mi modo de ver, la sociedad actora no logra probar cuál sería el recurso natural de carácter interjurisdiccional que se encontraría presuntamente afectado y tampoco delimita los suelos que estarían eventualmente contaminados, sino que sólo hace una referencia genérica de que el problema que expone lo tienen las tres provincias que cita en las que se desarrolla actividad agrícola-ganadera, sin conseguir encuadrar la cuestión debatida en los términos del art. 7° de la ley 25.675 General del Ambiente.

Por otra parte, tampoco procede la competencia originaria *ratione personae*, ya que la acumulación subjetiva de pretensiones solicitada por la actora contra las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe y contra el Estado Nacional resulta inadmisibile, toda vez que ninguno de ellos resulta aforado en forma autónoma a esta instancia (conf. Doctrina de Fallos: 329:2316, cons. 16 y siguientes, y A. 216. XXXVIII. Originario. “Agrar S.A. c/Santa Fe, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios”, sentencia del 5 de junio de 2007), pues la materia ni es exclusivamente federal ni reviste naturaleza civil, por el contrario, la causa está vinculada con el ejercicio del poder de policía ambiental, asunto regido sustancialmente por el derecho público local y, por lo tanto, de competencia de las autoridades provinciales (conf. arts. 41, párrafo 3° y 121 y siguientes de la Constitución Nacional y Fallos: 318:992). Además, no existen motivos suficientes para concluir que dicho litisconsorcio pasivo sea necesario, según el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En tales condiciones, cada uno de los estados locales deberá ser emplazado ante sus propios jueces, pudiendo ser demandado el Estado Nacional –en su caso– ante la justicia federal, donde encontrará así 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. Buenos Aires, 15 de septiembre de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de noviembre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas, organización no gubernamental de defensa ambiental, promueve la presente acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, con el objeto de que se ordene al Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.): i) que establezca un plazo no mayor a ciento ochenta días a los efectos de que la comisión creada mediante el decreto 21/2009 proceda a “la investigación, prevención, asistencia y tratamiento en casos de intoxicación o que afecten de algún modo la salud de la población y el ambiente, con productos agroquímicos en todo el Territorio Nacional” (artículo 1º); ii) que disponga una campaña publicitaria en periódicos locales y nacionales, y en medios audiovisuales, a fin de informar a la población de todo el país acerca de los efectos negativos del glifosato y del endosulfán, obligando a destinar una partida del presupuesto nacional para financiar esta publicidad durante por lo menos seis meses; iii) que a través del Ministerio de Salud de la Nación investigue los daños causados con el glifosato en todo el territorio de la República, en particular en las ciudades y poblados cercanos a los sembradíos de soja transgénica; iv) que a través de la comisión referida realice un relevamiento puntual de las personas afectadas por los herbicidas, y v) que disponga etiquetar con un certificado que exponencialmente permita advertir las características de los alimentos elaborados con soja transgénica.

Dirige la acción contra el Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.), la Comisión Nacional de Investigación creada en la órbita del Ministerio

de Salud (decreto 21/2009), y contra las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, en cuyas jurisdicciones se dictaron decisiones judiciales de carácter preventivo prohibiendo en determinados lugares la aplicación de glifosato y endosulfán.

Sostiene que el daño ambiental colectivo habilita la acción de la Asociación, en tanto se encuentra capacitada para representar los intereses de los damnificados y afectados en los términos del artículo 30 de la ley 25.675. Agrega que el sólo peligro o posibilidad de que se desencadenen procesos de adquisición de enfermedades que disminuyan la plenitud de la salud, habilita la legitimación activa de cualquier habitante del entorno ambiental alcanzado por los efectos nocivos de la contaminación.

Relata que hace aproximadamente dieciocho años se inició en el país una técnica agroalimentaria que conllevó el desarrollo de la semilla de soja, y describe las condiciones que –según afirma– habrían determinado que los productores se fueran volcando de a poco a su siembra, en desmedro de la ganadería.

Señala que la firma multinacional “Monsanto” introdujo en el mercado una semilla mutada genéticamente denominada “SMG”, resistente al glifosato, cuya aplicación permite que la soja complete su ciclo sin ningún tipo de maleza ni de plagas o insectos que la perturben, hasta incluso sin necesidad de mucha cantidad de agua.

Explica la acción herbicida del glifosato, y afirma que la clasificación en cuanto a su potencial tóxico está aún en discusión, ya que en principio se lo catalogó como levemente tóxico, para ir posicionándolo en categorías más peligrosas –según sostiene– a medida que el uso demostraba sus efectos.

Destaca que los surfactantes que acompañan al glifosato en el producto denominado “Roundup” (comercializado por la firma “Monsanto”), serían los causantes principales de la supuesta toxicidad de esa formulación, además de multiplicar la del herbicida.

Enumera los síntomas de envenenamiento que –según aduce– produciría en los seres humanos, y señala que los residuos remanentes en el poroto de soja que se consume como alimento también tendrían un potencial tóxico muy difícil de evaluar, dado que las personas que lo ingieren no se presentan como pacientes expuestos a fumigaciones.

Luego describe la composición química del endosulfán, explica su acción pesticida y también los efectos tóxicos que produciría en la salud.

Aduce que la agricultura natural, también llamada ecológica, sin plaguicidas y otras sustancias químicas, es una alternativa sustentable o debe serlo.

Solicita la citación como tercero, en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de la firma Monsanto Argentina S.A.I.C., por ser la empresa que se dedica en forma monopólica –según dice– a la producción y comercialización de dichas sustancias.

Asimismo, peticona que se dicte una medida cautelar innovativa por la cual se ordene la suspensión de la comercialización, la venta y la aplicación de glifosato y endosulfán en todo el territorio del país, hasta tanto se expida la Comisión Nacional de Investigación creada en la órbita del Ministerio de Salud (decreto 21/2009).

2º) Que la Corte 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 artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el artículo 24, inciso 1º, 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 artículo 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062 y 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 sólo 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).

Asimismo, el interés directo de la provincia debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Fallos: 307:2249; 314:405).

3º) 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 artículo 4º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 322:2370; 323:1217—, se desprende que el alcance de la pretensión no permite atribuirles a las provincias referidas el carácter de partes adversas, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional el sujeto pasivo legitimado que integra la relación jurídica sustancial, en tanto es el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado, en el supuesto de admitirse la demanda (arg. Fallos: 330:555, considerando 7º).

4º) Que, sin perjuicio de lo expuesto, el hecho de que la demandante sostenga que la presente causa concierne a normas de naturaleza federal, no funda *per se* la competencia originaria del Tribunal en razón de la materia, pues esta jurisdicción procede tan sólo cuando la acción entablada se basa “directa y exclusivamente” en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa (Fallos: 97:177; 183:160; 271:244 y sus citas), pero no cuando, como sucede en el caso, se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes locales (Fallos: 240:210; 249:165; 259:343; 277:365; 291:232 y 292:625), como son los atinentes a la protección ambiental en las provincias afectadas (Fallos: 318:992).

5º) Que más allá de los argumentos esgrimidos por la actora para justificar la jurisdicción originaria de esta Corte sobre la base de la cuestión federal que propone, lo cierto es que el caso de autos es revelador de la singular dimensión que presentan los asuntos de naturaleza ambiental, en tanto en ellos participan y convergen aspectos de competencia federal y otros de neta competencia provincial.

En el precedente de Fallos: 318:992 ya citado, el Tribunal dejó bien establecido que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido.

Tal conclusión procede de la Constitución Nacional, la que, si bien establece que le cabe a la Nación “dictar las normas que contengan

los presupuestos mínimos de protección”, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (artículo 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional; Fallos: 318:992, considerando 7°; 329:2280, entre muchos otros).

6° Que la Ley General del Ambiente 25.675, establece en su artículo 6° los presupuestos mínimos que el artículo 41 de la Constitución Nacional anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (artículos 2°, 4° y 8°).

En ese marco es preciso poner de resalto que su artículo 7° establece que “La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal”.

Por su parte, en consonancia con esa disposición, el artículo 32, primera parte, ha establecido que “La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia”.

7° Que las disposiciones constitucionales y legales citadas, encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio.

8° Que, si por la vía intentada, se le reconociese a la jurisdicción originaria de esta Corte la extensión que se le pretende atribuir, la justicia nacional habría realizado por su facultad de examen y el imperio de sus decisiones, la absorción completa de los atributos primordiales del gobierno de los Estados (arg. Fallos: 141:271; 318:992).

9° Que no empece a lo expuesto que la actora intente justificar la competencia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional en el carácter federal que le asigna a la materia, sobre la base de la pretendida interjurisdiccionalidad que invoca a fs. 37 y siguientes. A esos fines no basta con afirmar que la presente acción lleva explícito el cuidado de la salud de todos los habitantes del suelo argentino, y que la interjurisdiccionalidad exigida por la ley 25.675 queda vastamente

consolidada, eximiendo de mayores argumentaciones; o que el hecho de que las provincias con potencial agrícola-ganadero se hubieran convertido en tierra llana para el monocultivo de soja, torna inoficioso recabar sobre esta formalidad exigida por la Corte.

Corresponde recordar en tal sentido que la Ley General del Ambiente ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales –destinadas a regir las contiendas en las que se discute la responsabilidad por daño ambiental–, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley (Fallos: 330:4234, entre muchos otros).

En ese contexto, y como lo ha sostenido este Tribunal, la configuración del referido presupuesto que hace surtir la competencia federal en cuestiones ambientales, debe encontrarse debidamente acreditado, en forma tal que permita afirmar que “el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales” (artículo 7, ley 25.675; Fallos: 329:2469).

10) Que cabe poner de resalto que en el *sub lite* no se ha aportado ningún elemento que permita concluir que se ha logrado acreditar ese extremo, sino que –como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen– sólo se hace una referencia genérica a que el problema que se expone se presenta en las tres provincias a las que se demanda.

De ser ello así, serían cada uno de los Estados provinciales, en ejercicio de su poder de policía en materia ambiental, los únicos que se encontrarían en condiciones de adoptar las medidas necesarias para superar la situación que se denuncia en sus respectivos territorios, pues de otro modo podrían interferirse y avasallarse facultades propias y reservadas de las provincias demandadas (artículos 41, 122 y 125, primer párrafo, de la Constitución Nacional).

11) Que es preciso recordar que el examen de la determinación de la naturaleza federal del pleito –la determinación del 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 conoci-

miento del proceso corresponde a la justicia local (Fallos: 324:1173, entre muchos otros).

La aplicación de ese principio de estrictez es insoslayable frente a la competencia prevista en el artículo 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).

12) Que la competencia local en la cuestión, estaría avalada por la propia Comisión Nacional de Investigación sobre Agroquímicos (CNIA) creada mediante el decreto PEN 21/2009, en cuya órbita, a su vez, se crearon seis Grupos de Trabajo con asignaciones específicas, constituidos por representantes de cada uno de los organismos que la integran.

En efecto, el Grupo de Trabajo N° 1 (GT-1), al que se le asignó la tarea de “Desarrollo del conocimiento e investigación”, consideró prioritario centrar la atención en una primera etapa en el glifosato y el endosulfán. En el ámbito de este Grupo, el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) preparó informes técnicos sobre dichos herbicida e insecticida de uso agrícola que se encuentran publicados en la página web <http://www.msal.gov.ar/agroquimicos/gt1-info-productos.asp>, y en ambos casos concluyó que la aplicación de los productos “debe hacerse con el asesoramiento de un ingeniero agrónomo y respetando las indicaciones explicitadas en el marbete, lo cual reduce ostensiblemente los riesgos para la salud humana, animal y para el medio ambiente. Asimismo, se debe dar cumplimiento a las normativas provinciales y municipales correspondientes”.

A su vez, el Grupo de Trabajo N° 2 (GT-2), al que se le encomendó la función de realizar una recopilación y análisis comparado de las legislaciones nacionales, provinciales y municipales existentes, concluyó que las normas vigentes en materia de agroquímicos a nivel provincial son suficientes y su contenido homogéneo, sin que haya huecos o zonas grises relevantes, y que no resulta prioritario la creación de nueva normativa nacional sobre la materia, o la generación de una propuesta de contenidos mínimos ya que los ítems identificados como críticos están previstos y legislados en las provincias de manera uniforme.

Este Grupo, señaló expresamente la necesidad de fortalecer el control y fiscalización del cumplimiento de las normas locales, e indi-

có que dichas metas corresponden a las autoridades provinciales ya que el problema no radica en la regulación existente sino en su misma aplicación.

Cabe destacar que en las tres jurisdicciones aquí demandadas (Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe) existen registros de productos que exigen su inscripción en el Registro Nacional, como así también registros de aplicadores –a quienes se los obliga a capacitarse y matricularse– que establecen condiciones para la aplicación, y registros de comercialización y distribución, que imponen el registro de expendedores, depósitos, distribución y transporte de agroquímicos, y se requiere la receta agronómica para su venta.

Entre la legislación local en la materia pueden citarse la ley 10.699 y el decreto reglamentario 499/91 de la Provincia de Buenos Aires; la ley 9164 y el decreto reglamentario 132/05 de la Provincia de Córdoba, y la resolución 263/05 de la Secretaría de Agricultura y Ganadería cordobesa, y la ley 11.273 modificada por la ley 11.354, y el decreto reglamentario 552/97, modificado por los decretos 2289/02 y 3043/05 de la Provincia de Santa Fe.

A su vez, es dable señalar que existen disposiciones provinciales que prohíben la aplicación aérea y terrestre de determinados productos agroquímicos, de acuerdo a su grado de toxicidad, en lugares linderos a zonas urbanas, dependiendo el radio de la prohibición de las particulares características de las diferentes áreas geográficas. A modo de ejemplo pueden citarse los artículos 58 y 59 de la ley 9164 de Córdoba, y 33 y 34 de la ley 11.273 de Santa Fe.

13) Que, asimismo, adicionalmente a los Grupos de Trabajo, y con el propósito de fortalecer la visión científica acerca del uso masivo del glifosato, la Comisión Nacional solicitó asesoramiento al Comité Científico Interdisciplinario (CCI) creado en el ámbito del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en los términos del artículo 7° del Reglamento Interno de Funcionamiento aprobado en la reunión ordinaria del 28 de mayo de 2009.

Dicho Consejo emitió en julio de 2009 el informe titulado “Evaluación de la información científica vinculada al glifosato en su incidencia sobre la salud humana y el ambiente”, que se encuentra publicado en la página web <http://www.msal.gov.ar/agroquimicos/cci.asp>.

14) Que la referencia a las conclusiones de los distintos Grupos de Trabajo de la Comisión Nacional de Investigación sobre Agroquímicos (CNIA), sólo tiene por objeto dejar establecido, en esta instancia del proceso y con elementos incorporados a él, que no existen antecedentes que permitan justificar una competencia restrictiva y excepcional como es la que se intenta, dado que los diversos aspectos que se vinculan con la cuestión corroboran la ineludible intervención de las autoridades locales en el control y fiscalización en sus respectivas jurisdicciones del cumplimiento de las normas vigentes en materia de agroquímicos.

En efecto, se trata de cuestiones atinentes al ejercicio del poder de policía ambiental, que se relacionan directamente a las particulares características de las zonas donde se utilizan dichos productos, a las condiciones de aplicación, a la capacitación de los aplicadores y a la gestión de los residuos de envases, entre otras circunstancias de índole netamente local.

15) Que, por otro lado, en la hipótesis referida en el considerando 4º precedente, tampoco procedería la competencia originaria del Tribunal *ratione personae*, pues de conformidad con lo decidido por esta Corte en la causa “Mendoza” (Fallos: 329:2316), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad, resultaría inadmisibles la acumulación subjetiva de pretensiones intentada por la parte actora contra las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, y el Estado Nacional, toda vez que ninguna de ellas es aforada en forma autónoma a esta instancia, en la medida en que la materia no es exclusivamente federal, ni se verifica una causa de naturaleza civil que, en procesos como el presente, correspondiera a la competencia originaria de esta Corte prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional y en el artículo 24, inciso 1, del decreto-ley 1285/58; ni tampoco existirían motivos suficientes para concluir en que dicho litisconsorcio pasivo fuera necesario en los términos del artículo 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dado que las diversas conductas que deberían juzgarse impedirían considerar que los sujetos procesales pasivos estuvieran legitimados sustancialmente en forma inescindible, de modo tal que la sentencia de mérito debiera ser pronunciada indefectiblemente frente a todos ellos (arg. Fallos: 331:1312, considerando 16).

16) Que en virtud de la incompetencia de esta Corte para entender en el caso por vía de su instancia originaria, la demandante deberá interponer sus pretensiones ante las jurisdicciones que correspondan,

según la persona que, en uno u otro caso, opte por demandar: ante la justicia federal de serlo el Estado Nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a las provincias (conf. Fallos: 311:2607); ello, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también pueden comprender estos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 318:992 y 327:436 y sus citas).

17) Que el pedido de citación como tercero de la firma Monsanto Argentina S.A.I.C., las presentaciones efectuadas por dicha empresa a fs. 55/85 y 107/297, y por el doctor Eduardo Luis Mezio a fs. 89/94 en los términos del artículo 30 de la ley 25.675, no tienen incidencia alguna en la decisión que aquí se adopta. Consecuentemente, no es éste el Tribunal que deba expedirse al respecto, sino el que, en definitiva, entienda en la causa.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por 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 al señor Procurador General.

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

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas –organización no gubernamental de defensa ambiental– promueve la presente acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional con el objeto de que se ordene al Poder Ejecutivo Nacional a que: i) establezca un plazo no mayor a ciento ochenta días a los efectos de que la comisión creada mediante el decreto 21/2009 proceda a “la investigación, prevención, asistencia y tratamiento en casos de

intoxicación o que afecten de algún modo la salud de la población y el ambiente, con productos agroquímicos en todo el Territorio Nacional” (artículo 1°); ii) disponga una campaña publicitaria en periódicos locales y nacionales y en medios audiovisuales a fin de informar a la población de todo el país acerca de los efectos negativos del glifosato y del endosulfán, obligando a destinar una partida del presupuesto nacional para financiar esta publicidad durante por lo menos seis meses; iii) a través del Ministerio de Salud de la Nación investigue los daños causados con el glifosato en todo el territorio de la República, en particular en las ciudades y poblados cercanos a los sembradíos de soja transgénica; iv) a través de la comisión referida realice un relevamiento puntual de las personas afectadas por los herbicidas, y v) disponga etiquetar con un certificado que exponencialmente permita advertir las características de los alimentos elaborados con soja transgénica.

Dirige la acción contra el Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.), la Comisión Nacional de Investigación creada en la órbita del Ministerio de Salud (decreto 21/2009) y contra las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, en cuyas jurisdicciones se dictaron decisiones judiciales de carácter preventivo prohibiendo en determinados lugares la aplicación de glifosato y endosulfán.

Sostiene que el daño ambiental colectivo habilita la acción de la Asociación, en tanto se encuentra capacitada para representar los intereses de los damnificados y afectados en los términos del artículo 30 de la ley 25.675. Agrega que el sólo peligro o posibilidad de que se desencadenen procesos de adquisición de enfermedades que disminuyan la plenitud de la salud, habilita la legitimación activa de cualquier habitante del entorno ambiental alcanzado por los efectos nocivos de la contaminación.

Relata que hace aproximadamente dieciocho años se inició en el país una técnica agroalimentaria que conllevó el desarrollo de la semilla de soja y describe las condiciones que –según afirma– habrían determinado que los productores se fueran volcando de a poco a la siembra en desmedro de la ganadería.

Señala que la firma multinacional “Monsanto” introdujo en el mercado una semilla mutada genéticamente denominada “SMG”, resistente al glifosato, cuya aplicación permite que la soja complete su ciclo sin ningún tipo de maleza ni de plagas o insectos que la perturben, hasta incluso sin necesidad de mucha cantidad de agua.

Explica la acción herbicida del glifosato y afirma que la clasificación en cuanto a su potencial tóxico está aún en discusión ya que, en principio, se lo catalogó como levemente tóxico, para ir posicionándolo en categorías más peligrosas a medida que el uso demostraba sus efectos.

Destaca que los surfactantes que acompañan al glifosato en el producto denominado “Roundup” (comercializado por la firma “Monsanto”) serían los causantes principales de la supuesta toxicidad de esa formulación, además de multiplicar la del herbicida.

Enumera los síntomas de envenenamiento que –según aduce– produciría en los seres humanos. Señala que los residuos remanentes en el poroto de soja que se consume como alimento también tendrían un potencial tóxico muy difícil de evaluar dado que las personas que lo ingieren no se presentan como pacientes expuestos a fumigaciones.

Luego describe la composición química del endosulfán, explica su acción pesticida y también los efectos tóxicos que produciría en la salud.

Aduce que la agricultura natural, también llamada ecológica sin plaguicidas y otras sustancias químicas es una alternativa sustentable o debe serlo.

Solicita la citación como tercero, en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de la firma Monsanto Argentina S.A.I.C., por ser la empresa que se dedica en forma monopólica –según dice– a la producción y comercialización de dichas sustancias.

Asimismo, peticiona que se dicte una medida cautelar innovativa por la cual se ordene la suspensión de la comercialización, venta y aplicación de glifosato y endosulfán en todo el territorio del país, hasta tanto se expida la Comisión Nacional de Investigación creada en la órbita del Ministerio de Salud (decreto 21/2009).

2º) Que la Corte 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 artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el artículo 24, inciso 1º, del decreto-ley 1285/58).

Para que proceda la referida competencia en los juicios en los que una provincia es parte, resulta necesario examinar además la materia sobre la que éstos versen, es decir, que se trate de una causa exclusivamente federal o de naturaleza civil en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria (Fallos: 322:1514 y 3572; 323:1854; 324:533 y sus citas), quedando exclusivos de dicha instancia aquellos procesos que rigen por el derecho público local.

Asimismo, resulta necesario que la provincia revista el carácter de parte en el pleito, no sólo 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).

Asimismo, el interés directo de la provincia debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Fallos: 307:2249; 314:405).

3º) 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 artículo 4º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 322:2370; 323:1217–, se desprende que el alcance de la pretensión no permite atribuirles a las provincias referidas el carácter de partes adversas, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional el sujeto pasivo legitimado que integra la relación jurídica sustancial, en tanto es el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir la sentencia en el supuesto de admitirse la demanda (arg. Fallos: 330:555, considerando 7º).

En efecto, tal como se señaló *ut supra* al describir el objeto del presente amparo, la asociación actora pretende en términos generales que el P.E.N., a través del Ministerio de Salud de la Nación y de la Comisión de Investigación creada en la órbita de dicho Ministerio, adopte medidas tendientes a la publicidad de los efectos nocivos del glifosato y endosulfán y efectúe un relevamiento de las personas afectadas por los herbicidas a los efectos de su posterior tratamiento. Es decir, las pretensiones están dirigidas sólo al Estado Nacional.

4º) Que, por lo demás, cabe aclarar que no resulta adecuado el intento de la asociación actora de fundar la competencia originaria en

la configuración del supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley General del Medio Ambiente. En ninguna parte de su escrito la demandante se refiere a la “degradación o contaminación” de un recurso ambiental interjurisdiccional, requisito éste ineludible para que se genere la competencia en esos términos. Por el contrario, buscar justificar la mentada “interjurisdiccionalidad” en que –según dice– la presente acción lleva explícito el cuidado de la salud de todos los habitantes del suelo argentino.

5°) Que el pedido de citación como tercero de la firma Monsanto Argentina S.A.I.C., las presentaciones efectuadas por dicha empresa a fs. 55/85 y 107/297, y por el doctor Eduardo Luis Mezio a fs. 89/94 en los términos del artículo 30 de la ley 25.675, no tienen incidencia alguna en la decisión que aquí se adopta. Consecuentemente, no es éste el Tribunal que deba expedirse al respecto, sino el que, en definitiva, entienda en la causa.

Por ello, y de conformidad con lo 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 al señor Procurador General.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, y de conformidad con el referido dictamen, 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 al señor Procurador General.

JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Parte actora: **Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas**, representada por su letrado apoderado, **Dr. Mariano J. Aguilar**.

Parte demandada: **Estado Nacional, provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba**.

Terceros presentados: **Monsanto Argentina S.A.I.C.**, representada por su apoderado, **Dr. César A. Mayer**, con el patrocinio letrado del **Dr. Pablo E. Mayer**.
Eduardo Luis Mezio, letrado en causa propia.

CHEVRON SAN JORGE S.R.L. c/ NEUQUEN, PROVINCIA DEL
s/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD (REGALÍAS SOBRE GAS)

REGALIAS.

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 62, punto III, apartado b, de la ley 2453 de la Provincia del Neuquén, en cuanto establece que “no podrá deducirse como consumo interno el gas que se utilice para generación eléctrica, aunque la energía sea utilizada dentro del yacimiento”, y del decreto provincial 594/05 dictado con fundamento en esa norma, en tanto se oponen al régimen federal vigente en materia de liquidación y percepción de regalías hidrocarburíferas, ya que una interpretación armónica del párrafo final del art. 2º de la Resolución 188/93 de la Secretaría de Energía de la Nación y las pautas superiores de la Ley Federal de Hidrocarburos 17.319 y su decreto reglamentario 1671/69 conduce necesariamente a concluir que los volúmenes de gas natural que se utilizan para la generación de energía eléctrica consumida íntegramente dentro de los yacimientos están excluidos del pago de regalías.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 206/221 vta., Chevron San Jorge S.R.L. promovió la presente acción declarativa, por la vía del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ampliándola con sus escritos de fs. 244/247

vta. y 285/286 vta. Expresó que es titular de la concesión de explotación del Area Huantraico, que comprende el yacimiento de “El Trapial-Curamched”, en la Provincia del Neuquén, la que fue otorgada por la Nación mediante el decreto del Poder Ejecutivo 1.259/92.

Solicitó que se declare la inconstitucionalidad del art. 228 de la Constitución provincial y de la ley local 2.458, como así también del decreto 594/05 del Poder Ejecutivo provincial, en cuanto éste rechazó el recurso administrativo y ratificó la resolución local que intimó a la empresa a abonar una suma de dinero en concepto de liquidación de regalías supuestamente adeudadas. Aclaró que la diferencia se debe a que la demandada computa, para dicho cálculo, los volúmenes de gas utilizados como combustible para la generación de energía eléctrica, consumida íntegramente en el yacimiento y necesaria para su explotación adecuada.

Cuestionó las citadas normas locales, ya que ellas establecen que la determinación de la producción computable de gas natural para la liquidación de las regalías hidrocarburíferas debe tomar en cuenta el consumido íntegramente para mantener las operaciones del yacimiento. A su juicio, ello resulta violatorio de la ley federal 17.319, de los decretos 1.671/63 y 546/03 del Poder Ejecutivo Nacional –reglamentarios de aquella–, de la resolución de la Secretaría de Energía 188/93 y de los arts. 17, 31, 75 (inc. 12) y 124 de la Constitución Nacional.

– II –

A fs. 317/330, la Provincia del Neuquén contestó la demanda y solicitó que fuera rechazada.

Expuso que, desde su óptica, no hay oposición entre las normas federales y las provinciales, sino una estricta correlación entre ambas, y que el problema se genera en su interpretación.

Indicó que el gas destinado a la generación de energía eléctrica, por imperio del art. 2º de la resolución 188/93 de la Secretaría de Energía, debe tributar las regalías de la ley 17.319, puesto que su dictado persiguió la finalidad de que las empresas explotadoras utilizaran la energía eléctrica del sistema interconectado federal, que básicamente se nutre de fuentes de energía renovables, en vez de consumir combustibles fósiles, que son un recurso escaso y agotable.

– III –

A mi modo de ver, no es ocioso recordar que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros).

Sobre la base de estas premisas, considero que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN, pues ha mediado una actividad de la demandada, dirigida al cobro de las diferencias por regalías que pretende (confr. decreto 594/05 –ver copia obrante a fs. 39/44–, y el expediente 357.610/2007, “Provincia del Neuquén c/ Chevron San Jorge SRL s/ cobro ejecutivo”, en trámite ante el Juzgado de Juicios Ejecutivos N° 3, Secretaría Unica, de la ciudad de Neuquén –del cual da cuenta la resolución de V.E. del 29 de diciembre del 2009; ver fs. 473/474–). Esta actividad sumió a la actora 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 (Fallos: 310:606; 311:421).

Por otra parte, no puede obviarse que la presente demanda corresponde a la competencia originaria del Tribunal, que –por provenir de la Constitución– no puede quedar subordinada al cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes locales (Fallos: 323:1206, cons. 2°, entre otros).

Dado lo expuesto, considero que se encuentran reunidos todos los recaudos fijados por el art. 322 del CPCCN para la procedencia de la acción intentada.

– IV –

El *thema decidendum*, entonces, estriba en determinar cuál es la inteligencia que corresponde asignar al art. 2° de la resolución 188/93 de la Secretaría de Energía de la Nación. En efecto, más allá del planteamiento general realizado por la actora en su escrito inicial, lo cierto es que tanto ella (ver su alegato, en especial fs. 456) como la demandada (ver contestación de demanda –en especial fs. 319 y 320 vta.– y su

alegato –en especial fs. 449 vta.–) coinciden en que la controversia gira exclusivamente en torno a la interpretación de la citada norma.

Por otro lado, advierto que se halla fuera de debate que la energía eléctrica generada con los volúmenes de gas extraídos del yacimiento, y cuya gravabilidad aquí se controvierte, es enteramente consumida dentro de éste, empleándose en su mantenimiento y operatividad (ver acta de la audiencia del 12 de agosto de 2008, a fs. 337).

El art. 2º del citado reglamento establece, en lo que aquí importa, que los concesionarios de explotación responsables del pago de regalías deben informar los volúmenes de gas natural efectivamente producidos, a fin de determinar la producción computable. Y agrega que, a tales efectos, a los volúmenes de gas natural efectivamente producidos se le podrán descontar algunos conceptos, entre los que menciona “a) *el volumen cuyo uso sea justificadamente necesario para el mantenimiento de las explotaciones y/o exploraciones*”. Sin embargo, el párrafo final del artículo mencionado expresa que “*No podrán deducirse los volúmenes de gas natural y gasolina que se utilicen para la generación de otras formas de energía*”.

Para la correcta hermenéutica de estas normas no debe prescindirse del inveterado criterio interpretativo del Tribunal que sostiene que debe darse pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 324:4349; 326:404 y 1445), como así también 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).

Con la certera guía que estas pautas proporcionan, cabe indicar que la ley 17.319 –cuya constitucionalidad no se halla aquí cuestionada– preceptúa el pago de regalías en sus arts. 59 y cc., y que en su art. 63, de manera clara, establece que “*No serán gravados con regalías los hidrocarburos usados por el concesionario o permisionario en las necesidades de las explotaciones y exploraciones*”. Estos preceptos están reglamentados, en lo que hace a la forma de liquidación del mentado

tributo –entre otras normas– por el art. 2º, punto III, b) del decreto 1.671/69, en cuanto fija que la producción de gas natural computable para el pago de ese tributo no debe comprender los volúmenes efectivamente aprovechados en actividades necesarias para su explotación o exploración.

En tal sentido, entiendo que el inc. a) del art. 2º de la resolución 188/93 de la Secretaría de Energía, en sintonía con lo dispuesto por la ley 17.319 y por el decreto 1.671/69 permite deducir de los volúmenes de gas efectivamente producidos en un yacimiento aquellos cuyo uso sea necesario para el mantenimiento de las explotaciones y exploraciones, sin efectuar distinción en cuanto a las diversas formas que su empleo pueda requerir (reinyección, producción de otras formas de energía, etc.).

Sobre tal base, es evidente que asiste la razón a la actora en cuanto a que las normas referidas, en su armónica interpretación, avalan la tesitura por ella adoptada en tanto detracto del cómputo de los volúmenes de gas declarados, a fin de liquidar las regalías, la porción de ese combustible empleada para generar la energía eléctrica necesaria para explotar el yacimiento, extremo fáctico que, como puntualicé más atrás, se halla fuera de debate en esta causa.

Por otra parte, considero que seguir la tesitura interpretativa de la demandada importaría otorgar indebida primacía al último párrafo del art. 2º del citado reglamento, privando de toda operatividad al inc. a) del segundo párrafo, puesto que resulta difícil concebir un uso del gas –aun el que deba emplearse para las mencionadas actividades imprescindibles para la explotación del yacimiento– que no implique su uso o transformación para generar otra fuente de energía. Tal postura se opone frontalmente a la asentada doctrina de V.E. que sostiene que la interpretación de las normas debe armonizar con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (arg. Fallos: 326:2637).

Por ello, considero que debe hacerse lugar a la demanda y declarar que la pretensión de la Provincia del Neuquén se opone a lo establecido en el art. 2º de la citada resolución 188/93 de la Secretaría de Energía de la Nación.

– V –

En virtud de lo expuesto, pienso que corresponde hacer lugar a la demanda. Buenos Aires, 21 de mayo de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Chevron San Jorge S.R.L. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de los que

Resulta:

I) A fs. 206/221 Chevron San Jorge S.R.L., en su condición de titular de una concesión de explotación en el área “Huantraico”, Provincia del Neuquén, otorgada por el decreto P.E.N. 1259/92, promueve acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el referido Estado provincial, ampliándola con sus escritos de fs. 244/247 y 285/286 vta., a fin de obtener un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad del artículo 228 (actual 95) de la Constitución provincial, de la ley de hidrocarburos local 2453 y del decreto 594/05 del Poder Ejecutivo provincial, mediante el que fue rechazado el recurso administrativo y ratificada la resolución 164/04 del Ministerio de Hacienda, Finanzas y Energía que intimó a la empresa a abonar una suma de dinero en concepto de regalías supuestamente adeudadas por los volúmenes de gas utilizados para la producción de energía eléctrica en el yacimiento “El Trapial” desde enero de 2000 a diciembre de 2003.

Cuestiona dichas normas en virtud del criterio que adoptan para determinar la producción computable de gas natural para la liquidación de las regalías hidrocarburíferas, pues la demandada considera incluido dentro de esa producción –y por lo tanto sujeto al pago de regalías– el volumen de gas natural destinado al servicio del mantenimiento de la operación en dicho yacimiento y consumido allí íntegramente, lo cual –a su juicio– resulta violatorio de la ley 17.319, de los decretos del P.E.N. 1671/69 y 546/03 reglamentarios de aquélla, de la resolución 188/93

de la Secretaría de Energía de la Nación, y de los artículos 17, 31, 75, inciso 12, y 124 de la Constitución Nacional.

Sostiene que el reconocimiento en cabeza de las provincias del dominio de los recursos naturales existentes en su territorio (artículo 124 de la Ley Fundamental), no sustrae a esos bienes de la jurisdicción Nacional.

II) A fs. 317/330 la Provincia del Neuquén contesta la demanda y solicita su rechazo.

Sostiene que no existe oposición entre las normas federales y las provinciales que regulan el régimen del pago de las regalías hidrocarbúricas, sino que el problema se genera en su interpretación.

Afirma que en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º de la referida resolución 188/93, el gas destinado a la generación de energía eléctrica debe tributar las regalías previstas en la ley 17.319, pues su dictado –según aduce– persiguió la finalidad de que las empresas explotadoras utilizaran la energía eléctrica del sistema interconectado federal, que básicamente se nutre de fuentes de energía renovables, en vez de consumir combustibles fósiles, que son recursos escasos y agotables.

Considerando:

1º) Que en virtud de lo decidido a fs. 278/279, la presente causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículo 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que tal como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 482/483, no existe controversia en relación a que la energía eléctrica generada con el gas extraído del yacimiento “El Trapial”, es consumida íntegramente para el mantenimiento de la operación (ver fs. 318).

Consecuentemente, dados los términos en que ha quedado trabada la litis, la cuestión por dilucidar se circunscribe a determinar el sentido y los alcances que corresponde asignarle al artículo 2º de la resolución 188/93 de la Secretaría de Energía de la Nación, y, en tal caso, si las normas provinciales impugnadas se ajustan a las disposiciones del referido precepto federal.

3º) Que el artículo 2º en cuestión establece, en lo que aquí interesa, que a los volúmenes de gas natural efectivamente producidos se le podrán descontar a los efectos del pago de las regalías, los conceptos que allí se enumeran, entre los cuales se encuentra “a) El volumen cuyo uso sea justificadamente necesario para el mantenimiento de las explotaciones y/o exploraciones”.

A su vez, en su párrafo final, dicha norma dispone que “No podrán deducirse los volúmenes de gas natural y gasolina que se utilicen para la generación de otras formas de energía”.

4º) Que cabe recordar que es un principio de recta interpretación que los textos legales no deben ser considerados, a los efectos de establecer su sentido y alcance, aisladamente, sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia (Fallos: 242:247), 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 (Fallos: 320:783; 324:4367).

5º) Que sobre la base de la doctrina citada, corresponde señalar que de acuerdo a la previsión contenida en el artículo 63 de la ley 17.319 “No serán gravados con regalías los hidrocarburos usados por el concesionario o permisionario en las necesidades de las explotaciones o exploraciones”.

En el mismo sentido, el decreto 1671/69 reglamentario de la citada ley en lo referente a la liquidación y percepción de las regalías, no considera en la producción computable de gas natural para su pago a los volúmenes efectivamente aprovechados en actividades necesarias para la explotación o exploración (artículo 2º, punto III, apartado b).

6º) Que, en ese marco, la exégesis de la disposición del párrafo final del artículo 2º de la resolución 188/93, no puede efectuarse sin tener presentes las pautas superiores de la Ley Federal de Hidrocarburos 17.319 y de su decreto reglamentario 1671/69, como tampoco debe soslayarse la previsión contenida en el mismo sentido en el inciso a) del propio artículo 2º citado, en la medida en que todas ellas excluyen del pago de regalías a los volúmenes utilizados en las necesidades de las explotaciones y exploraciones, sin formular excepciones en cuanto a las diversas formas que su empleo pueda requerir.

En consecuencia, una interpretación armónica de las normas referidas conduce necesariamente a concluir que le asiste razón a la actora en cuanto a que los volúmenes de gas natural que se utilizan para la generación de energía eléctrica consumida íntegramente dentro de los yacimientos, están excluidos del pago de regalías.

No pueden deducirse, de acuerdo a lo establecido en la parte final del artículo 2° de la resolución 188/93, aquellos volúmenes utilizados para la generación de otras formas de energía que el concesionario vendiere, cuyo usufructo permitiese a terceros, o cualquier otro volumen de gas natural efectivamente aprovechado en actividades innecesarias para la explotación o exploración en las áreas de las que fuere titular (artículo 2°, punto III, apartado b), del decreto 1671/69).

7°) Que esos son los alcances que deben asignarse al artículo 2° de la resolución 188/93 citada, ya que la inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador y por esto se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 278:62; 300:1080; 326:2637, entre muchos otros).

8°) Que, en tales condiciones, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 62, punto III, apartado b, de la ley 2453 de la Provincia del Neuquén, en cuanto establece que “no podrá deducirse como consumo interno el gas que se utilice para generación eléctrica, aunque la energía sea utilizada dentro del yacimiento”, y del decreto provincial 594/05 dictado con fundamento en esa norma, en tanto se oponen al régimen federal vigente en materia de liquidación y percepción de regalías hidrocarburíferas.

En efecto, el intento de la provincia de incluir en los volúmenes computables “la energía utilizada dentro del yacimiento”, con una expresa mención que distingue y contradice lo que establece la disposición federal, demuestra con absoluta claridad la sinrazón de su reclamo, ya que si esa fuese la letra y el espíritu del régimen aplicable, nada hubiese sido necesario agregar.

9°) Que en otro orden de consideraciones, y en virtud de los argumentos esgrimidos por el Estado provincial como sustento de su

pretensión, es preciso señalar que el artículo 124, *in fine*, de la Constitución Nacional sólo reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio mas no la jurisdicción sobre ellos.

Dicha conclusión no se ve alterada por la sanción de la ley 26.197, desde que su artículo 2º, *in fine*, mantiene la responsabilidad sobre el diseño de la política energética en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional (conf. causa P.1749.XL “Panamerican Energy LLC Sucursal Argentina s/ inhibitoria (en autos “Provincia del Neuquén c/ Panamerican Energy LLC s/ ordinario)””, sentencia del 10 agosto de 2010).

10) Que no cabe la misma solución respecto al planteo efectuado en relación al artículo 95 (anterior 228) de la Constitución provincial, dado que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 325:1922 y 330:855 y 5345, entre muchos otros), y en el *sub lite* ni la ley 2453, ni el decreto 594/05 locales, se sustentan en sus disposiciones.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal a fs. 482/483, se decide: Declarar la inconstitucionalidad del artículo 62, punto III, apartado b, de la ley 2453 y del decreto 594/05 de la Provincia del Neuquén y, en consecuencia, la improcedencia de la pretensión de la demandada de percibir regalías en relación a los volúmenes de gas natural utilizados para generar la energía eléctrica que se consume íntegramente en el yacimiento explotado por Chevron San Jorge S.R.L. ubicado en el área “Huantraico”. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, comuníquese al señor Procurador General y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Parte actora: **Chevron San Jorge S.R.L.**, representada por sus letrados apoderados, **doctores Mario J. Orts y Jaime Sánchez de la Puente**, con el patrocinio letrado de los **doctores Gala Barbieri y Francisco J. Romano**.

Parte demandada: **Provincia del Neuquén**, representada por el **señor Fiscal de Estado, doctor Raúl M. Gaitán, y por su letrado apoderado, doctor Edgardo Oscar Scotti.**

FINOCCHIETTI, ENRIQUE AUGUSTO Y OTRO
c/ ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL s/ REAJUSTES

RECURSO ORDINARIO DE APELACION.

Si en el escrito recursivo la actora refutó todos los argumentos esbozados por el magistrado de primera instancia, argumentando su posición en la letra de la normativa y en jurisprudencia que estimó aplicables al caso cumpliendo las exigencias legales mínimas para sustentarlo, corresponde declarar procedente el recurso ordinario de apelación y revocar la sentencia apelada, disponiendo el reenvío al tribunal de origen a los fines de que se pronuncie sobre los aspectos omitidos.

REMUNERACIONES.

De una correcta interpretación de las leyes 18.464, 24.018 y 24.241 no cabe inferir que los pagos autorizados por el decreto 838/94 puedan ser excluidos del cómputo del haber por el solo hecho de haber sido exceptuados de rendición de cuentas por el mismo decreto de creación; lo que resulta de un modo inequívoco de tales leyes es que las erogaciones que carecen de respaldo documental no se sustraen de su ámbito de aplicación y, como regla, forman parte de las compensaciones sobre las cuales deben realizarse los aportes y contribuciones con destino a la seguridad social, criterio que en la materia es ya una tradición (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay)

REMUNERACIONES.

Si la negativa del *a quo* a sustanciar las pruebas ofrecidas impidió el esclarecimiento de aspectos esenciales del debate, en tanto la solución del problema exigía conocer cuáles fueron los importes concretamente otorgados a los secretarios y subsecretarios de Estado como “gastos protocolares” para el ejercicio de la función en los ministerios en que aquéllos se habían desempeñado, a partir de la vigencia del decreto 838/94, así como la proporción que hubiesen guardado con el salario básico de los funcionarios y la existencia de constancias que dieran cuenta de su utilización, total o parcial, para el fin con el que fueron autorizados, corresponde revocar las sentencias de primera y segunda instancia y ordenar al tribunal de

origen que disponga la realización de las pruebas que correspondan y, con su resultado, dicte un nuevo pronunciamiento (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia del inferior que había rechazado su demanda. Cuestionando tal decisión, la accionante interpuso recurso ordinario de apelación que, al ser rechazado, motivó la presentación de la correspondiente queja, a la que V.E. hizo lugar, declarando mal denegado el ordinario citado (v. fs. 94, 96, 98, 141/142 y 176).

En el memorial que luce a fojas 179, expresa la recurrente que su escrito de apelación, interpuesto oportunamente ante la Cámara citada, cumplió cabalmente con las exigencias impuestas por el artículo 265 del Código de rito. Advierte que una adecuada lectura de dicho libelo, pondrá de manifiesto que no existió el defecto de fundamentación que le endilgó la Sala referida, pues –continúa– se expresaron allí suficientes argumentos, basados en el derecho vigente y en consideraciones críticas, para cumplir con la finalidad de aquel remedio procesal. Transcribe, a continuación, los agravios alegados en aquella oportunidad.

– II –

Estimo que en el caso corresponde tratar en primer lugar el agravio –que considero preliminar– relacionado a la admisibilidad de la apelación interpuesta por la actora ante la segunda instancia. Considero que le asiste razón a la recurrente, pues en el escrito recursivo en cuestión la actora refutó, todos los fundamentos esbozados por el magistrado de Primera Instancia, argumentando su posición en la letra de la normativa y en jurisprudencia que estimó aplicables al caso cumpliendo, por tal razón, las exigencias legales mínimas para sustentar dicho remedio.

Por tal motivo, pienso que el juzgador actuó con un excesivo rigor formal, contrario a las garantías de la defensa en juicio, debido proceso y derecho federal alegado (v. Fallos: 314:648; 315:2598; 316:61; 317:1133; 318:557, entre otros). Máxime cuando, el *a-quo* omitió pronunciarse sobre las cuestiones planteadas en orden a la aplicación e inteligencia de las normas federales –decreto 838/94, y leyes 18.464, 24.241 entre otras– con argumentos –lo reitero– de orden ritual, que no se hacen cargo, como es menester, de los agravios conducentes expuestos en el escrito de apelación.

Por lo tanto, y sin que lo expresado signifique emitir opinión sobre lo que, en definitiva se resuelva, opino que se debe dejar sin efecto la sentencia de fojas 94 y devolver la causa a la Cámara de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte una nueva conforme a lo expuesto. Buenos Aires, 31 de octubre de 2008. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Finocchietti, Enrique Augusto y otros c/ ANSeS s/ reajustes varios”.

Considerando:

1°) Que esta Corte comparte el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyas consideraciones y conclusiones cabe remitir en razón de brevedad.

2°) Que a ello debe circunscribirse el pronunciamiento de la Corte en supuestos como el *sub lite*, toda vez que así lo exige el resguardo de la competencia constitucional asignada a este Tribunal y la garantía de la defensa en juicio (conf. disidencia del juez Fayt en las causas “Sandler” –Fallos: 318:2228, considerandos 7° al 16–; V.600.XL “Vaggi, Orestes Juan c/ Tanque Argentino Mediano Sociedad del Estado TAMSE s/ cobro de pesos”, sentencia del 13 de mayo de 2008), correspondiendo el reenvío al tribunal de origen a los fines de que se pronuncie sobre los aspectos omitidos.

Por ello, se declara procedente el recurso ordinario de apelación, se revoca la sentencia apelada, y se ordena al tribunal de origen que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Notifíquese y remítase.

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

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI DON E. RAÚL ZAFFARONI
Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social que declaró desierta la apelación de los actores respecto del fallo de la instancia anterior que había rechazado la demanda de recomposición de haberes previsionales, aquéllos dedujeron recurso ordinario que fue concedido por este Tribunal y debidamente sustanciado (fs. 176/183, 189 vta. y 191).

2º) Que la demanda promovida por los peticionarios, jubilados como secretario y subsecretario del Poder Ejecutivo Nacional, tuvo por objeto impugnar las resoluciones de la ANSeS que habían rechazado las solicitudes dirigidas a que se incorporara en la base de cálculo de sus prestaciones el importe mensual que el art. 2º del decreto 838/94 autorizaba a pagar a los funcionarios en actividad en concepto de “reintegro de gastos para afrontar gastos protocolares”, desde el 1º de junio de 1994.

3º) Que los actores afirmaron que la asignación alcanzaba a duplicar los ingresos de los secretarios y subsecretarios de Estado –alrededor de \$ 5.000 a la fecha mencionada–, que se liquidaba sin el requisito de rendición de cuentas y que en la práctica había importado un aumento salarial que correspondía trasladar proporcionalmente a la jubilación.

4º) Que, con tal propósito, los demandantes objetaron la validez constitucional del art. 2º, párrafo tercero, del mencionado decreto 838/94, en cuanto dispuso que los montos no integrarían la remuneración de los funcionarios, pues sostuvieron que contradecía las reglas del sistema general de jubilaciones y pensiones y el régimen específico para magistrados y funcionarios judiciales, bajo el cual se jubilaron (arts. 10 y 6º, leyes 18.037 y 24.241; 4º y 7º, ley 18.464, respectivamente).

Asimismo, adujeron que el art. 22 de la ley 24.018 garantizaba a los ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo un haber de jubilación igual al 82% móvil “de lo que por todo concepto perciban los que están en actividad”, cláusula que al no hacer ninguna alusión a los aportes realizados incluía en el beneficio las partidas conceptuadas como no remunerativas, aparte de que cuestionaron la aplicación del método de movilidad de la ley 24.463, por desconocer derechos adquiridos (fs. 16/19).

5º) Que al contestar la demanda la ANSeS sostuvo que el régimen de jubilaciones de la ley 18.464 había quedado derogado por el art. 168 de la ley 24.241 y su reglamentación por el decreto 78/94, que las prestaciones otorgadas por aquel estatuto pasaron a regirse por el sistema general y que a partir del 31 de marzo de 1995, la ley 24.463 impedía practicar reajustes en una determinada proporción del sueldo de los trabajadores en actividad (fs. 29/33).

6º) Que para resolver las cuestiones propuestas la magistrada de primera instancia hizo mérito de que el art. 4º de la ley 18.464 aseguraba un haber de jubilación equivalente al 85% de las remuneraciones totales percibidas por los magistrados en la actividad y de que el art. 14 de la misma ley disponía que tales remuneraciones, cualquiera que fuese su denominación, estarían sujetas a aportes previsionales, con la sola excepción de los viáticos y gastos de representación por los cuales se debiese rendir cuentas; empero, rechazó la petición y los planteos de inconstitucionalidad sobre la base de las siguientes consideraciones: a) el carácter no remunerativo dado por el decreto 838/94 a la asignación por gastos protocolares, “se adecua a lo prescripto por el art. 14 de la ley 18.464, en la medida [en] que aquélla concuerda en las exclusiones que menciona”; b) la liquidación sin el requisito de rendición de cuentas conduce a pensar que existe un gasto efectivo por parte de los dependientes y una imposibilidad virtual de que haya rédito o ganancia, pues, “de lo contrario, se exigiría al funcionario la

acreditación por medio de comprobantes de la parte efectivamente gastada, a fin de que lo no egresado sea considerado remuneración a los fines previsionales”; c) al dispensarse de esa carga por el decreto impugnado, se aplica el “principio de la realidad” y se evita el fraude previsional; d) no se ha probado que sobre los importes pretendidos se efectuasen las retenciones de ley (fs. 62/70).

7º) Que el tribunal de alzada no hizo lugar a la apelación de los actores contra el referido fallo por entender que el memorial de agravios no satisfacía las exigencias de los arts. 265 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Expresó que carecía de una crítica precisa del fallo, que no lograba demostrar error en la aplicación de normas, irrazonabilidad, arbitrariedad o un supuesto de lesión al derecho de defensa y que la presentación traducía mera discrepancia con lo decidido (fs. 94).

8º) Que, según lo destaca el dictamen de la Señora Procuradora Fiscal, el *a quo* ha incurrido en exceso ritual manifiesto al tener por decaído el recurso de apelación (fs. 193/193 vta.); más allá de los argumentos que al no ser concretamente considerados en la decisión de primera instancia fueron reproducidos ante la cámara, el memorial contiene serias críticas del fallo impugnado, sostenidas ante esta Corte, cuyo examen pormenorizado resultaba inexcusable para el tribunal.

En efecto, los recurrentes expresaron que: a) es arbitrario suponer que los montos concedidos a los funcionarios no constituyan remuneración por estar exceptuados de rendir cuentas; b) tal suposición no tiene en cuenta la magnitud de las partidas acordadas y contradice el carácter salarial que el art. 6º de la ley 24.241 otorga a los gastos que no se acrediten por medio de comprobantes; c) no es cierto que el decreto 838/94 se adecue al art. 14 de la ley 18.464, pues excluye del haber al suplemento otorgado sin aquel requisito, cuando la ley dispone el efecto opuesto; d) los peticionarios no tenían que probar que se hubiesen efectuado retenciones por el concepto reclamado, ya que objetaron la constitucionalidad del decreto que privaba a la asignación de su naturaleza retributiva y de las correspondientes cotizaciones al régimen de la seguridad social; e) no se presenta un supuesto de beneficio indebido para los actores, que se jubilaron con anterioridad al dictado de la norma que motivó tal irregularidad; f) la jurisprudencia es favorable al cómputo de suplementos similares (Fallos: 316:1551; 317:180; 318:403, entre otros).

9º) Que, por otra parte, los apelantes habían solicitado oportunamente ante la cámara que se recibiera la causa a prueba a efectos de demostrar, mediante informes de organismos oficiales, los importes mensualmente liquidados a los funcionarios en actividad en virtud del decreto 838/94, medidas que al haber sido denegadas en primera instancia por estimarse innecesarias, fueron replanteadas en los términos del art. 260, inc. 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que el *a quo* ignoró (fs. 37, 77/85).

10) Que, en tal contexto, el reproche de los magistrados basado en el incumplimiento de los requisitos exigidos por los arts. 265 y 266 del código de rito, sin hacerse mención específica a los agravios de la parte ni a los fundamentos de la sentencia que no habrían sido eficazmente rebatidos, lesiona el derecho constitucional de defensa en juicio y debe ser descalificado (doctrina de Fallos: 327:6090).

11) Que en lo atinente al fondo del asunto, corresponde tener presente que los actores obtuvieron sus beneficios previsionales por la ley 21.121 (art. 15), complementaria de las leyes 20.572, 20.954 (art. 33) y sus modificatorias, por las que se hizo extensivo a los funcionarios superiores del Poder Ejecutivo Nacional –ministros, secretarios y subsecretarios de Estado– el régimen especial de jubilaciones para magistrados del Poder Judicial de la Nación (expediente administrativo 996-11970095-01 agregado por cuerda; fs. 53/56).

12) Que, de acuerdo con dicho encuadramiento, el haber de retiro de los funcionarios debía ser equivalente al 85% de la remuneración total sujeta al pago de aportes y contribuciones por el cargo desempeñado al momento de la cesación en el servicio y mantener una movilidad directamente relacionada con las variaciones del salario en actividad (arts. 4º y 7º, ley 18.464, modificada por la ley 20.433).

13) Que la ley 24.018, al regular un conjunto de actividades que justificaban un tratamiento previsional diferenciado después de las derogaciones dispuestas por el art. 11 de la ley 23.966, incluyó a las que habían desarrollado los demandantes y preservó el derecho a la movilidad por el método específico bajo el cual se jubilaron, con una limitación transitoria en los porcentajes (arts. 19, 33 y 34), situación que se mantuvo inalterada después de la creación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241 y sus modificatorias), hasta la sanción de la ley 25.668 y su promulgación parcial por el de-

creto 2322/2002, que eliminó de la referida ley 24.018 el estatuto que beneficiaba a los funcionarios de los poderes ejecutivo y legislativo de la Nación y de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, a partir del 1° de diciembre de 2002 (causas “Arrúes”, publicada en Fallos: 329:2146 y P.2745.XXXVIII “Paillas, Carlos Alberto”, sentencia del 13 de febrero de 2007).

14) Que durante la vigencia del mencionado régimen especial, el Poder Ejecutivo Nacional sancionó el decreto 838/94, cuyo alcance se debate en autos. Dicha norma, dictada con el propósito de contemplar la actualización de las retribuciones de las autoridades superiores de ese ámbito, según surge de sus motivaciones, efectuó una diferenciación; por un lado, fijó los importes correspondientes al “sueldo básico” de los funcionarios a partir del 1° de junio de 1994 (art. 1,7 y anexo I) y por otro, facultó a los ministros de cada área para que asignaran a los secretarios y subsecretarios de Estado, entre otras autoridades, una suma mensual en concepto de “reintegro de gastos para afrontar los gastos protocolares que la función les requiera”; el mismo decreto, que no contempla límites cuantitativos para esa clase de erogaciones, dispuso que sería liquidada sin el requisito de rendición de cuentas y que no integraría la remuneración (art. 2°, párrafos segundo y tercero).

15) Que a efectos de determinar si aquella asignación debe ser computada para el cálculo proporcional del haber de jubilación con arreglo al régimen especial en vigor al tiempo en que fue creada, debe partirse del concepto amplio de remuneración que establecen las leyes previsionales; en particular, integran dicho concepto y están sujetos a aportes y contribuciones a los fines del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241), los suplementos que tengan el carácter de habituales y regulares, los viáticos y los gastos de representación, “excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes”, y toda otra retribución, cualquiera que fuese la denominación que se le dé, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia (conf. art. 6°, que es reproducción del art. 10 de la ley 18.037).

16) Que, en la misma línea, ya el art. 14 de la ley 18.464 –texto ordenado por decreto 2700/83– disponía que las remuneraciones totales de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación, cualquiera que fuese su denominación, estarían sujetos a cotizaciones previsionales, con la salvedad dispuesta para los viáticos y gastos de

representación por los cuales se debiese rendir cuentas y de las asignaciones familiares.

17) Que sin discontinuidad el art. 22 de la ley 24.018 garantizó a los ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional un haber de jubilación igual al 82% móvil “de lo que por todo concepto perciban los que están en actividad, desempeñando el mismo cargo o función”, y por el art. 31 se fijó con análogo criterio la base sobre la cual correspondía realizar el aporte diferenciado del 12% para el financiamiento de las prestaciones especiales.

18) Que la sentencia de primera instancia es dogmática y se desentiende de las circunstancias fácticas alegadas en la demanda; tras encontrar similitud entre los llamados gastos protocolares y aquellos por representación contemplados por el art. 14 de la referida ley 18.464, y tras advertir, además, que dicha norma sólo los excluye de la remuneración cuando están sujetos a rendición de cuentas, el *a quo* se apartó de dicho razonamiento para concluir que la asignación reclamada carecía de naturaleza salarial porque se liquidaba sin dicho requisito, conclusión que carece de sustento lógico y legal.

19) Que de una correcta interpretación de las leyes 18.464, 24.018 y 24.241, no cabe inferir que los pagos autorizados por el decreto 838/94 puedan ser excluidos del cómputo del haber por el solo hecho de haber sido exceptuados de rendición de cuentas por el mismo decreto de creación; antes bien, lo que resulta de un modo inequívoco de tales leyes es que las erogaciones que carecen de respaldo documental no se sustraen de su ámbito de aplicación y, como regla, forman parte de las compensaciones sobre las cuales deben realizarse los aportes y contribuciones con destino a la seguridad social, criterio que en la materia es ya una tradición (Fallos: 262:401; 269:279 y sus citas).

20) Que la negativa del *a quo* a sustanciar las pruebas ofrecidas, ha impedido el esclarecimiento de aspectos esenciales del debate. La solución del problema planteado exige conocer cuáles fueron los importes concretamente otorgados a los secretarios y subsecretarios de Estado como “gastos protocolares” para el ejercicio de la función en los ministerios en que aquéllos se habían desempeñado, a partir de la vigencia del decreto 838/94, así como la proporción que hubiesen guardado con el salario básico de los funcionarios y la existencia de constancias que dieran cuenta de su utilización, total o parcial, para el fin con el que fueron autorizados.

21) Que el juez de grado desestimó por innecesarias las medidas que se encaminaban a la comprobación de aquellas circunstancias a pesar de que, según los actores, la asignación se pagaba en forma habitual y regular y resultaba equivalente al sueldo básico de los funcionarios en servicio, con lo que ha restringido sin justificación suficiente el régimen que garantizaba la necesaria proporcionalidad entre los haberes de pasividad y actividad.

22) Que, por lo tanto, la decisión que rechazó el cómputo del beneficio, sin ponderar las circunstancias y modalidades de su otorgamiento, aparece reñida con la verdad jurídica objetiva (Fallos: 301:1192); más allá de la calificación dada al creárselo, no cabe negar la esencia salarial o compensatoria, cuando resulte de la contraprestación que retribuye y de las condiciones de habitualidad y libre disponibilidad establecidas por las leyes de fondo, aspectos que deben ser objeto de examen en las instancias pertinentes (art. 280, último párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En ese sentido, ha de precisarse que el régimen de gastos protocolares fue sustituido por el decreto 782/2006, a partir del 1º de junio de 2006, de cuyas consideraciones se extrae el reconocimiento efectuado por el Poder Ejecutivo Nacional acerca de que no contribuía al establecimiento de una “política salarial” ordenada, habida cuenta de la falta de transparencia de los criterios utilizados para su puesta en práctica, fundamentos que por estar referidos al manejo de fondos públicos, han venido a corroborar la necesidad de que se esclarezcan las cuestiones que el *a quo* ha soslayado con argumentos inconducentes.

Por ello, y lo concordemente dictaminado –en lo pertinente– por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso ordinario de apelación con los alcances indicados, se revocan las sentencias de primera y segunda instancia y se ordena al tribunal de origen que, por quien corresponda, disponga la realización de las pruebas a que se ha hecho referencia y, con su resultado, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado en este fallo. Costas por su orden. Notifíquese y remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por **Enrique Augusto Finocchietti y Francisco Alberto Vocos**, representados por el Dr. **Agustín J.G.J Durañona y Vedia**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 8.**

FRANCISCO OSVALDO DIAZ S.A. (TF 16636-I) c/ DGI

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.

Cabe confirmar el ajuste fiscal por el impuesto al valor agregado a abonar por la empresa concesionaria de automóviles, cuya operatoria consiste en comercializar vehículos de fábrica mediante la suscripción a su nombre y cargo de planes de ahorro previo que cede a sus clientes en oportunidad de adjudicarse las unidades, pues la forma jurídica empleada por la actora para dicha comercialización resulta inadecuada bajo el principio de la realidad económica –conf. arts. 1° y 2° de la ley 11.683, t.o. 1998–, en tanto del examen de la citada operatoria surge que a partir de la adjudicación, facturación y entrega del automóvil a ella, ésta se convierte en propietaria del bien y al transferirlo al cliente está realizando una venta alcanzada por el impuesto, que documenta con la respectiva factura, debiendo considerarse “como base imponible la suma de valores facturados y los importes contabilizados como ‘cesión de créditos’”.

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.

Cabe confirmar el ajuste fiscal por el impuesto al valor agregado a abonar por la empresa concesionaria de automóviles, cuya operatoria consiste en comercializar vehículos de fábrica mediante la suscripción a su nombre y cargo de planes de ahorro previo que cede a sus clientes en oportunidad de adjudicarse las unidades, pues la apelante no sólo no ha logrado demostrar que realice dos operaciones diversas e independientes –la venta del automóvil por un lado y la cesión de un derecho cualquiera por el otro– que justifiquen su tratamiento fiscal individual y diferenciado, sino que tampoco ha refutado eficazmente el argumento de la sentencia apelada consistente en que la citada ‘diferencia’ constituye “un sobreprecio que paga el cliente a la actora por recibir el vehículo inmediatamente” lo que pone en evidencia la clara vinculación de los conceptos que integran el precio final de venta de los vehículos así comercializados.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

El agravio relativo a la pretendida exención de los intereses resarcitorios previstos en el art. 37 de la ley 11.683 –t.o. 1998–, no puede prosperar, ya que los

fundamentos que expuso la cámara a fin de revocar la multa impuesta en los términos de su art. 45 –existencia de error excusable motivado por las dificultades interpretativas de la cuestión– no tienen virtualidad para eximirla del pago de aquéllos de acuerdo con el criterio establecido en el precedente –Citibank NA– (Fallos: 323:1315, considerando 10), dado que no se presenta ningún supuesto excepcional que haga posible la dispensa de tales accesorios, no obstante que la naturaleza de tales intereses “es ajena a la de las normas represivas”, de manera que el hecho de que se haya dejado sin efecto la multa no implica que deba procederse del mismo modo con los intereses.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1º de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Francisco Osvaldo Díaz S.A. (TF 16.636-I) c/ D.G.I.”.

Considerando:

1º) Que la Administración Federal de Ingresos Públicos determinó de oficio el impuesto al valor agregado de la concesionaria de automóviles Francisco Osvaldo Díaz S.A. correspondiente a los períodos fiscales mayo de 1992 a octubre de ese año, enero a junio de 1993, agosto de ese año a marzo de 1994, mayo a noviembre de ese año, enero a agosto de 1995 y octubre de ese año a junio del siguiente, liquidó intereses resarcitorios y le impuso una multa en los términos del art. 45 de la ley 11.683 (t.o. en 1998) (fs. 5/16).

2º) Que el Tribunal Fiscal hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el contribuyente y revocó lo resuelto por el organismo recaudador (fs. 146/150). Para así decidir –en síntesis– evaluó que las sumas abonadas a la concesionaria por los adquirentes de los automotores, como contraprestación por la transferencia de los derechos emergentes de la suscripción de planes de ahorro y préstamo, efectuada después de la adjudicación del vehículo “no tiene por objeto una cosa mueble, sino los derechos emergentes del contrato de ahorro y préstamo, por lo que no puede ser calificada como venta, sin que obste a ello la circunstancia de que el derecho cedido se encuentre vinculado con la deuda por el saldo de precio del bien enajenado en la primera operación” (fs. 147 –IV consid.– y 147 vta., V consid., párrafo tercero).

3º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar parcialmente al recurso deducido por el organismo recaudador y, en consecuencia, revocó la sentencia del tribunal administrativo. Al así decidir, confirmó el ajuste fiscal, aunque eximió a la actora de la multa impuesta en los términos del art. 45 de la ley 11.683 (t.o. en 1998), y distribuyó las costas de ambas instancias por su orden.

Para pronunciarse en el sentido indicado, la alzada tuvo en cuenta que “en los casos cuestionados por la AFIP no se controvierte que la actora cede a sus clientes las cuotas impagas del Plan Rombo que el cliente seguirá pagando y sobre cuyos montos no se efectuó el ajuste; encuadrando claramente esta operación como cesión de crédito y por lo tanto no gravada”. En cambio —continuó— “las cuotas que pagó la actora como suscriptora del Plan, hasta la adjudicación del vehículo, las transfiere al cliente, conjuntamente con la posesión del vehículo, por el monto de cada una de las cuotas que había pagado, con más otra suma que la actora denomina ‘diferencia’”. Esa “diferencia” —concluyó el *a quo*— “no es otra cosa que un sobreprecio que paga el cliente a la actora por recibir el vehículo inmediatamente; y por lo tanto resulta un sobreprecio de la venta que se encuentra gravado por el IVA”. En el aspecto sancionatorio, la cámara eximió a la actora de la multa por considerar que las dificultades interpretativas de la cuestión impedían tener por acreditado el elemento subjetivo que la figura de la infracción requiere. Desde tal perspectiva, entendió que la omisión de ingreso del tributo podía encuadrarse en la existencia de un error excusable. Por último sustentó la distribución de las costas por su orden en razón del resultado alcanzado y de las dificultades de la cuestión (fs. 218/219).

4º) Que contra tal sentencia, la actora interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 222), que fue concedido a fs. 224. El memorial de agravios obra a fs. 236/244 y su contestación por la AFIP-DGI a fs. 247/257. La apelación planteada es formalmente admisible puesto que se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, excede el mínimo legal previsto por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

5º) Que según resulta de las presentes actuaciones, la actora es una empresa concesionaria de automóviles, cuya operatoria —en lo que guarda relación con la materia debatida en el *sub examine*— consiste en comercializar vehículos fabricados por la empresa CIADEA (Renault)

mediante la suscripción a su nombre y cargo de planes de ahorro previo que cede a sus clientes en oportunidad de adjudicarse las unidades. Así, Francisco Osvaldo Díaz S.A. abona las cuotas del plan hasta que el automóvil resulta adjudicado, oportunidad en que transfiere el bien y cede el plan al cliente contra el reembolso de las cuotas abonadas hasta ese momento más el pago de una suma de dinero en concepto de ‘seña’ o ‘diferencia’ que la actora contabiliza como ‘ingresos por cesión de créditos’ y que, en consecuencia, excluye de la base imponible del impuesto al valor agregado por considerarla no gravada por ese tributo. En efecto, una vez producida la adjudicación del automóvil CIADEA se lo factura a Francisco Osvaldo Díaz S.A. por el valor de plaza vigente al momento de efectuar la venta; y luego la concesionaria emite una nueva factura a su cliente por el mismo valor sin incluir aquella ‘seña’ o ‘diferencia’. Ello determina que la declaración jurada del impuesto al valor agregado de la actora no arroje diferencia alguna, por la neutralización del débito fiscal facturado al cliente con el crédito fiscal comprendido en la factura emitida por CIADEA.

La discrepancia entre las partes reside en el tratamiento, frente al mencionado impuesto, que corresponde asignar a la práctica comercial precedentemente reseñada.

6°) Que a juicio del Tribunal, los agravios de la actora no pueden prosperar en la medida que, concordemente con lo expuesto por el organismo fiscal en el acto administrativo impugnado en autos, cabe concluir que la forma jurídica empleada por la actora para comercializar los vehículos fabricados por CIADEA resulta inadecuada bajo el principio de la realidad económica –conf. arts. 1° y 2° de la ley 11.683, t.o. 1998–, en tanto del examen de la citada operatoria surge que a partir de la adjudicación, facturación y entrega del automóvil a la actora, ésta se convierte en propietaria del bien y al transferirlo al cliente está realizando una venta alcanzada por el impuesto, que documenta con la respectiva factura, debiendo considerarse “como base imponible la suma de valores facturados y los importes contabilizados como ‘cesión de créditos’” (conf. fs. 9). Ello, por cuanto la apelante no sólo no ha logrado demostrar que realice dos operaciones diversas e independientes –la venta del automóvil por un lado y la cesión de un derecho cualquiera por el otro– que justifiquen su tratamiento fiscal individual y diferenciado, tal como aquélla lo pretende en su memorial presentado ante esta Corte (conf. fs. 243/243 vta.), sino que tampoco ha refutado eficazmente el argumento de la sentencia apelada consistente en que la citada ‘diferencia’ constituye “un sobreprecio que paga

el cliente a la actora por recibir el vehículo inmediatamente” (fs. 219) lo que pone en evidencia la clara vinculación de los conceptos que integran el precio final de venta de los vehículos así comercializados por Francisco Osvaldo Díaz S.A.

7º) Que sobre el punto referido en último término cabe agregar que la apelante se ha limitado a manifestar su discrepancia al respecto señalando que “lo que laalzada denomina ‘sobreprecio’ arroja un valor de venta irreal...”. En tales condiciones, dicho agravio resulta inatendible toda vez que el recurrente no aporta elementos que expliquen razonadamente la posición que sostiene, y que resulten aptos para desvirtuar el criterio del *a quo* en cuanto a que la aludida “diferencia”, constituye un sobreprecio abonado por el cliente (fs. 242).

8º) Que, del mismo modo, resulta inconsistente el agravio relativo a que el criterio de la AFIP –avalado por la cámara– importaría gravar la venta del bien a un valor que supera el precio de plaza, lo cual –según aduce el apelante– resultaría contrario al “art. 10 de la ley al impuesto al valor agregado” en la medida que la norma citada establece que “precio neto de la venta... será el que resulte de la factura o documento equivalente extendido por los obligados al ingreso del impuesto” y que “...cuando no exista factura o documento equivalente o ellos no expresen el valor corriente en plaza se presumirá que éste es el valor computable salvo prueba en contrario” (fs. 241 vta. –2º y 3º párrafos–). En efecto, la referida línea de argumentación parece olvidar que el acto determinativo del impuesto –cuya revisión dio origen a este pleito– impugnó el valor de venta del vehículo consignado en la facturación por no incluir, precisamente, la referida ‘seña’ o ‘diferencia’ que la actora contabilizó como ‘ingresos por cesión de créditos’ y que, en realidad, según se vio, debía integrar la base imponible.

9º) Que, asimismo, en virtud de la solución a la que se llega y los fundamentos expuestos en los considerandos 6º y 7º de la presente resulta inoficioso el tratamiento del agravio relativo a que el criterio de la alzada, de considerar el valor de transferencia del plan como parte del precio de venta de la unidad, carece de respaldo normativo por no encuadrar la cesión de derechos aquí examinada en la excepción contemplada en el art. 8º –párrafo segundo– del decreto 692/98 (fs. 242 vta.).

10) Que, por último, tampoco puede prosperar el agravio relativo a la pretendida exención de los intereses resarcitorios previstos en el

art. 37 de la ley 11.683 –t.o. 1998– (fs. 243 vta.), ya que los fundamentos que expuso la cámara a fin de revocar la multa impuesta en los términos de su art. 45 –existencia de error excusable motivado por las dificultades interpretativas de la cuestión– no tienen virtualidad para eximirla del pago de aquéllos de acuerdo con el criterio establecido en el precedente “Citibank NA” (Fallos: 323:1315, considerando 10). Ello es así pues resulta evidente que en el *sub examine* no se presenta ningún supuesto excepcional –según fue definido en dicho precedente– que haga posible la dispensa de tales accesorios. Por lo demás, cabe poner de relieve que tanto en ese caso, como en el de Fallos: 304:203 allí citado, el Tribunal se encargó de señalar que la naturaleza de tales intereses “es ajena a la de las normas represivas”, de manera que el hecho de que se haya dejado sin efecto la multa no implica que deba procederse del mismo modo con los intereses.

Por ello, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por **Francisco Osvaldo Díaz S.A.**, representado por la **Dra. Margarita Victoria D’Amico** con el patrocinio del **Dr. Miguel José Cucchietti**. En el memorial de agravios fue representada por el **Dr. Jorge Manuel Kabakian**. Contestó el memorial de agravios: **el Fisco Nacional (AFIP – DGI)**, representado por la **Dra. Carla Andrea Sibona**, con el patrocinio letrado del **Dr. Walter Distel**. Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**. Intervino con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.

GALLO LLORENTE, SANTIAGO EMILIO Y OTRO
c/ E.N. M° ECONOMIA RESOL. 125/08 DTO. 2752/91 s/ AMPARO LEY 16.986

RETENCIONES MOVILES

Resulta inoficioso que el Tribunal se expida sobre el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de las denominadas “retenciones móviles”, establecidas por las resoluciones 125/08, del Ministerio de

Economía y Producción y sus modificatorias, pues dicho régimen no se encuentra vigente, a partir de su derogación por intermedio del decreto 1176/08 y las resoluciones 180, 181 y 182/08 del Ministerio de Economía y Producción, careciendo lo demandado de objeto actual.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RETENCIONES MOVILES.

Si bien resulta inoficioso que el Tribunal se expida sobre el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de las denominadas “retenciones móviles”, establecidas por las resoluciones 125/08, del Ministerio de Economía y Producción y sus modificatorias, pues dicho régimen no se encuentra vigente, corresponde dejar sin efecto la decisión recurrida, pues su subsistencia podría causar al apelante un gravamen no justificado, en la medida en que no cabe descartar que alguna consecuencia gravosa para él pudiera ser extraída de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad que no pudo ser revisada, máxime cuando no se ha acreditado la relación de causalidad entre las resoluciones impugnadas y el daño alegado por la actora, quien reconoció que no actuó como exportador en las operaciones involucradas. (Disidencia parcial del juez Petracchi).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 349/368 vta., la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, confirmó de manera parcial lo resuelto a fs. 199/210 por la Sra. Jueza de primera instancia en cuanto había hecho lugar a la demanda de amparo interpuesta por el actor, por sí y como representante legal de la firma La Genara S.R.L., y declaró la inconstitucionalidad de las resoluciones 125/08 y 64/08 del Ministerio de Economía y Producción, revocándolo en lo relativo al art. 755 del Código Aduanero, a la vez que ordenó al Estado Nacional que abonase a la actora la diferencia positiva de valor en el precio de venta de sus mercaderías por las operaciones denunciadas en autos, cuyas cotizaciones se vieron afectadas por las citadas resoluciones 125/08 y sus modificatorias, y el que hubiere resultado por la aplicación de las normas anteriormente vigentes.

Para así decidir estimó, en primer término, que la derogación del sistema de “retenciones móviles” instaurado por esas resoluciones no tornó abstracta la discusión de autos, ya que el actor había realizado operaciones durante el lapso de su vigencia, manteniendo vivo el interés en que se declarase su inconstitucionalidad.

Por otra parte, consideró que la parte amparista resultaba legitimada para entablar la presente *litis*, ya que si bien no es exportadora, no está en discusión que el precio de venta de sus productos y cosechas había resultado disminuido por causa de las retenciones, las que se trasladan “hacia atrás” en la cadena de comercialización de granos, cereales y oleaginosas.

Con relación a la vía escogida, adujo que resulta transitable al no haberse planteado la necesidad de mayor debate y prueba, y agregó que enviar a los actores a un proceso ordinario implicaría un perjuicio para ellos, habida cuenta de las especiales características del negocio agropecuario de producción.

Consideró que la ley 25.561 declaró la emergencia pública, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando en el Poder Ejecutivo nacional ciertas facultades comprendidas en ella. Agregó que sus disposiciones fueron prorrogadas sucesivamente por las leyes 25.972, 26.077, 26.0204 y 26.339, hasta el 31 de diciembre de 2008. Puntualizó además que su art. 6° creó un derecho de exportación sobre hidrocarburos.

Dijo que los derechos de exportación, contemplados por el art. 755 y cc. del Código Aduanero, y por las resoluciones impugnadas, son tributos y, como tales, están bajo la órbita del principio constitucional de reserva de ley. Desde esa óptica, señaló que el dispositivo del mentado artículo requiere de una ley formal que especifique la política legislativa y que fije las escalas y los límites concretos al Poder Ejecutivo nacional para poder ser implementado. Y que, en el caso de los productos agropecuarios concretamente aquí tratados no existe ley formal que establezca tales pautas claras. Por ende, la resolución 125/08 y sus modificatorias y complementarias resultan inconstitucionales por haberse arrogado el Presidente ciertas facultades constitucionalmente conferidas al Congreso de la Nación.

Por último, tuvo por acreditado el daño que los reglamentos mencionados le produjeron al actor, con relación a las ventas que realizó

entre el 11 de marzo y el 21 de julio del 2008, puesto que percibió un precio menor por sus productos, vendidos a empresas acopiadoras de granos, dado que le descontaron el importe correspondiente a las “retenciones” aquí impugnadas. En virtud de ello, ordenó al Estado que le pagase la suma resultante de la diferencia de calcular el precio que teóricamente se hubiera obtenido en cada venta de haber estado vigentes las resoluciones anteriores a la 125/08, que no fueron cuestionadas por la actora.

– II –

A fs. 378/397 vta. luce el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, que fue concedido parcialmente a fs. 410 por encontrarse en juego la inteligencia de normas federales, rechazando las argumentaciones basadas en la arbitrariedad atribuida a la sentencia lo que dio origen a la queja que corre agregada por cuerda, expediente G.1132. L.XLIV.

Expuso, de manera preliminar, que la sentencia del *a quo* tuvo por acreditado un daño producido a la actora a tenor de una documentación por ella aportada de manera tardía, y de la cual no le fue corrido el pertinente traslado. Por tal motivo, alegó que se ha violentado ostensiblemente su derecho de defensa.

Por otra parte, y vinculado con lo anterior, se agravió de que la Cámara transformó el proceso de amparo en uno de daños, puesto que condenó al Estado al pago de ciertas diferencias positivas de valor resultante entre el precio de los cereales al cual ella efectivamente vendió y aquel que habría debido percibir. Expuso que la responsabilidad patrimonial está fuera del objeto del juicio de amparo y que el resarcimiento de los daños no había sido solicitado por la actora al plantear su acción.

Agregó, de manera general, que la amparista no está legitimada para el planteamiento jurídico que propuso, ya que no resultó obligada al pago de retención alguna a las exportaciones, por la sencilla razón de que, tal como aquélla lo reconoció, no realizó ni realiza actividades de comercio exterior.

Expuso también que yerra el *a quo* al asignar naturaleza tributaria a los derechos de exportación, los cuales tienen innegable finalidad

regulatoria de la economía. Además, más allá de esta disquisición, el Poder Ejecutivo nacional cuenta con la habilitación realizada por el Congreso Nacional, merced a los arts. 755 y cc. del Código Aduanero, cuya vigencia es anterior a la reforma constitucional de 1994. Por ende, a su juicio se trata de un reglamento delegado en materia de administración, que está permitido por el art. 76 de la Carta Magna y cuya norma delegante ha sido ratificada por las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26:135.

– III –

Ante todo, cabe recordar que las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al tiempo de su dictado, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 313:1081; 320:1875, entre muchos otros), lo cual resulta aplicable también a las decisiones en los juicios de amparo (Fallos: 300:844).

En virtud de este principio, estimo que la situación planteada en el *sub lite* es sustancialmente análoga a la de Fallos: 324:3948 como a la de la causa D.148, L.XL, “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional, M° de L y V. - decreto 976/01 - ley. 25.453 s/amparo ley 16.986”, sentenciada por V.E. el 17 de julio de 2007 y, por ende, también aquí resulta inoficioso que ese Tribunal se expida sobre el recurso extraordinario interpuesto, toda vez que las denominadas “retenciones móviles”, establecidas por las resoluciones 125/08, del Ministerio de Economía y Producción y sus modificatorias, no se encuentran ya vigentes, a partir de su derogación por intermedio del decreto 1.176/08 y las resoluciones 180, 181 y 182/08 del Ministerio de Economía y Producción (publicadas en el Boletín Oficial del 21 de julio de 2008).

Al respecto, el Tribunal ha señalado en reiterada doctrina que si lo demandado carece de objeto actual, su decisión es inoficiosa (Fallos: 253:346), puesto que la desaparición de los requisitos jurisdiccionales que habilitan su actuación importa la de poder juzgar, circunstancia comprobable aún de oficio (Fallos: 307:188; 308:1489; 311:787).

Sin perjuicio de ello, considero que también corresponde dejar sin efecto la sentencia recurrida, pues su subsistencia podría causar al apelante un gravamen no justificado, en la medida en que no cabe descartar que alguna consecuencia gravosa para él pudiera ser extraí-

da de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad que no pudo ser revisada (Fallos: 307:2061; 315:123 y C.880. L. XXXIX. “Campbell, María Enriqueta vda. de Trufiño y su hijo Alfredo José Trufiño c/P.E.N. Banco de Salta S.A. Grupo Macro s/amparo - medida cautelar”, sentencia del 14 de septiembre de 2004), máxime cuando, a mi juicio, en autos no ha sido debidamente acreditada la relación de causalidad entre las resoluciones aquí impugnadas y el daño alegado por la actora quien reconoció en todo momento que no actuó como exportador en las operaciones aquí involucradas.

– IV –

Opino, entonces que debe declararse inoficioso el pronunciamiento del Tribunal en la causa, sin perjuicio de lo cual corresponde revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 10 de diciembre de 2009. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Gallo Llorente, Santiago Emilio y otro c/ E.N. Ministerio de Economía – resol. 125/08 (dto. 2752/91) s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

Que el Tribunal comparte y hace suyos los fundamentos del dictamen del señor Procurador General, a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad, con excepción del último párrafo del acápite III.

Por ello, se declara inoficioso el pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión de fondo debatida en los presentes autos. Las costas de todas las instancias se distribuyen por su orden en atención a la complejidad del caso y al modo en que se resuelve. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia parcial*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el Tribunal comparte el dictamen del señor Procurador General, a cuyos términos cabe remitir por razones de brevedad, con excepción de lo expresado en el último párrafo del acápite III respecto de la falta de acreditación de la relación de causalidad entre las resoluciones aquí impugnadas y el daño alegado por la actora.

Por ello, se declara inoficioso el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo debatida en los presentes autos, sin perjuicio de revocarse la sentencia apelada. Las costas de todas las instancias se distribuyen por su orden en atención a la complejidad del caso y al modo en que se resuelve.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción)**, representado por la Dra. **Carina Gabriela Peppe**, con el patrocinio letrado del Dr. **Adolfo Gustavo Scrinzi**.

Traslado contestado por **Santiago Emilio Gallo Llorente**, con el patrocinio de los Dres. **Martín Bosch y Carlos Maiorano Quiroga**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10**.

GUS MIG S.R.L. (TF 15.806-I) c/ DGI

IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES.

Si el contribuyente no controvertió el fundamento de la AFIP para acudir al método de estimación de oficio de la materia imponible, corresponde confirmar las determinaciones tributarias practicadas sobre impuesto al valor agregado y ganancias, ya que de las constancias de autos no surge que aquél haya logrado demostrar que el método indiciario adoptado por el organismo recaudador resulte irrazonable o que presente errores o inconsistencias que lleven a descalificarlo.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Gus Mig SRL (TF 15.806-I) c/ DGI”.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación que había dejado sin efecto las resoluciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos por las que se determinó de oficio la obligación fiscal de la actora frente al impuesto a las ganancias por el período fiscal 1995 y al impuesto al valor agregado por los períodos comprendidos entre enero de 1995 y febrero de 1996, se liquidaron intereses y se aplicó multa con sustento en el art. 45 de la ley 11.683 respecto del tributo citado en último término (fs. 796/797 vta.). Contra tal sentencia el organismo recaudador dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 800/800 vta.), que fue concedido a fs. 805. El memorial de agravios obra a fs. 811/820 y su contestación a fs. 823/831.

2°) Que el recurso ordinario resulta formalmente admisible en tanto se dirige contra una sentencia definitiva, en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

3°) Que para decidir en el sentido indicado, el Tribunal Fiscal consideró que el organismo recaudador no había justificado la procedencia del método de estimación de oficio sobre base presunta, al que puede ocurrir sólo supletoriamente, en los casos en que no cuente con elementos que permitan realizar la determinación sobre base cierta. Al respecto puntualizó que en los actos impugnados no fue mencionada la existencia del presupuesto al que está subordinada la posibilidad de utilización del mecanismo presuntivo.

Por su parte la cámara coincidió con el criterio del tribunal administrativo, y entendió que los agravios expuestos por la AFIP ante esa alzada no lograban desvirtuar las conclusiones de aquel tribunal en torno a la falta de motivación en el uso del mecanismo de determinación utilizado por el Fisco. Al respecto puso de relieve que el peritaje contable

resulta contundente al afirmar que de los libros examinados surgía una equivalencia entre los kilogramos de carne faenada informados por Gus Mig SRL y los documentados por el SENASA a través de sus registros, así como también los indicados por la propia DGI en el formulario 2520. Asimismo señaló, entre otras consideraciones, que según las planillas acompañadas por la empresa —y que no fueron cuestionadas por la AFIP— se verifica una correspondencia entre lo declarado por aquella y los resultados obtenidos en el procedimiento de inspección realizado *in situ* por los funcionarios del organismo recaudador.

4º) Que, contrariamente a lo sostenido por los tribunales de las anteriores instancias, de las constancias de autos surge que la Administración Federal de Ingresos Públicos formuló los cargos al contribuyente sobre la base de señalar expresamente que éste había exteriorizado en la declaración jurada del impuesto a las ganancias del período fiscal 1995 operaciones gravadas por un valor de \$ 10.512.431,06 que no habían sido declaradas en el impuesto al valor agregado y que ello motivaba el empleo del método indiciario para la determinación de la materia imponible (conf. resolución del 23 de mayo de 1997, obrante a fs. 685/693 del cuerpo 4/4 del expte. de verificación del impuesto al valor agregado —instrucción N° 273/96— períodos 1/95 a 2/96, en particular fs. 686 —2º y 3º párr.— y declaración jurada del impuesto a las ganancias glosada a fs. 678/681, act. adm. cit.). Asimismo resulta de las actuaciones agregadas que en la oportunidad de responder la vista pertinente, la empresa no refutó aquella afirmación (conf. escrito agregado a fs. 700/703, act. adm. cit.).

5º) Que dicha circunstancia también fue puesta de resalto en el dictamen jurídico N° 822/97 que precedió al dictado del acto administrativo que formalizó el ajuste fiscal. Allí se justificó el empleo del método presuntivo de estimación de oficio al señalar que resultaba poco demostrativa “la contabilidad formal de la empresa, por cuanto nunca puede explicitar la disparidad de cifras de operaciones gravadas que se consignaron en las DDJJ del IVA y las que se consignaron por el mismo concepto en el impuesto a las ganancias...” (conf. fs. 757, act. adm. cit.). A su vez, la resolución determinativa del tributo no sólo reprodujo aquellas expresiones sino que además expuso con claridad que el contribuyente “presenta con fecha 27/6/97 declaraciones juradas rectificativas en el Impuesto al Valor Agregado, por los períodos fiscales mensuales Mayo de 1995 a Febrero de 1996 que no compatibilizan la suma de operaciones que se denuncia en el impuesto a las ganancias, y [a] cuya diferencia debe acord[á]rse[le] el carácter de determinación

cierta de carga tributaria, más allá que como lo justifican las consideraciones expuestas se debe convalidar la totalidad de la pretensión que se estableció en forma presunta” (conf. fs. 761 –2º párr.–, act. adm. cit.).

6º) Que no obstante lo antes expuesto el contribuyente omitió discutir el argumento tenido en cuenta por la AFIP para fundar la determinación tributaria sobre base presunta, toda vez que al apelar las resoluciones administrativas ante el Tribunal Fiscal de la Nación circunscribió su crítica a señalar que el organismo recaudador no había examinado la prueba documental aportada a las actuaciones (conf. escritos obrantes a fs. 31/39 y 111/120). Consecuente con su postura original, al contestar el traslado de los recursos de apelación, el organismo recaudador insistió en “la contradicción [que surge] de la mera comparación de las operaciones que se denunciara en [la] DDJJ original [del impuesto a las ganancias] para el período 1995 presentada el 30/05/96 con los importes de las operaciones que en el impuesto al valor agregado se denunciaron para el mismo período fiscal, y ambas, [respecto de] la sumatoria de las operaciones que exteriorizan la documentación que le da origen” (conf. escritos de contestación del traslado de los recursos de apelación obrantes a fs. 68 –2º párrafo– y fs. 149 –3º párrafo–).

7º) Que a pesar del modo en que quedó trabada la litis el Tribunal Fiscal de la Nación omitió considerar el punto aquí examinado, razón por la cual la premisa sobre cuya base entendió que la AFIP no había acreditado “al menos ‘*prima facie*’ el soporte fáctico que le autoriza a prescindir de la documentación y registros de la actora... para poder luego acudir válidamente al método presuntivo” (confs. fs. 697 vta. –3º párr.–), no se adecua a las constancias de la causa. A lo que cabe agregar que la cámara tampoco analizó tales fundamentos al pasar por alto los agravios del organismo recaudador vinculados con la omisión en que había incurrido la sentencia apelada (conf. escrito de expresión de agravios –fs. 709 vta. *in fine*, 710/710 vta. 1º, 2º, 3º y 4º párrafos– y sentencia de fs. 796/797). En tales condiciones, corresponde admitir los agravios vinculados con la falta de consideración de los argumentos tenidos en cuenta por el Fisco Nacional para llevar a cabo la determinación de oficio sobre base presunta (conf. fs. 816 –2º, 3º y 4º párrafos–).

Por lo demás, resulta indudable que las circunstancias puestas de relieve por la AFIP son suficientemente demostrativas de la imposibilidad en que se encontraba el ente fiscal para establecer con certeza y en forma directa la medida del hecho imponible sobre la base de la

documentación y registros de la actora, motivo por el cual pudo válidamente recurrir –como lo hizo– al método indirecto.

8º) Que, sentado lo que antecede, y toda vez que el contribuyente no controvertió el fundamento de la AFIP para acudir al método de estimación de oficio de la materia imponible corresponde confirmar las determinaciones tributarias practicadas ya que de las constancias de autos tampoco surge que aquél haya logrado demostrar que el método indiciario adoptado por el organismo recaudador (conf. su detalle y explicación en la resolución del 23 de mayo de 1997, obrante a fs. 76/81 del expte. de verificación del impuesto a las ganancias –período: ej. fiscal 1995–, en particular fs. 77/78) resulte irrazonable o que presente errores o inconsistencias que lleven a descalificarlo.

9º) Que, en efecto, mal puede considerarse fundada la impugnación del aludido método mediante la genérica indicación de que “...el índice resulta incorrectamente configurado... [lo que] fue probado desde instancia administrativa, y por prueba directa, recabada y verificada por la propia Dirección General Impositiva en el ejercicio de su potestad de verificación, con las pruebas documentales que se adjuntaron en la contestación de la vista...” (conf. recursos de apelación presentados ante el Tribunal Fiscal de la Nación, en particular fs. 37 y 117 vta.), cuando de las constancias de autos surge que el contribuyente nunca se refirió concretamente a él en el procedimiento llevado a cabo en sede administrativa (conf. escritos de contestación de las vistas administrativas agregados a fs. 700/703 del cuerpo 4/4 del expte. de verificación del impuesto al valor agregado –instrucción N° 273/96– períodos 1/95 a 2/96 y a fs. 84/87 del expte. de verificación del impuesto a las ganancias –período: ej. fiscal 1995–).

10) Que tampoco resulta útil para sustentar la pretensión de invalidez del método indiciario en cuestión el peritaje contable producido en la causa penal tributaria “GUS MIG S.R.L. s/ inf. Ley 23.771”, causa N° 97.491 denunciado como hecho nuevo ante el Tribunal Fiscal (conf. fs. 644/650). En efecto, sin perjuicio de que la causa penal versa sobre períodos fiscales distintos de los fiscalizados en el caso de autos, el punto que extrae el contribuyente de dicho informe como eje central de su argumentación impugnatoria relativo a “[c]omparar mes por mes la cantidad de animales faenados con la cantidad de cueros vendidos (facturados) a efectos de determinar las diferencias detectadas en la determinación de oficio” y la respuesta que allí se brinda consistente en señalar que “[a] partir del análisis realizado, la comparación que

se solicita no se podría realizar dado que la venta de cueros se factura en función de kilogramos y no de unidades como es el caso de los animales faenad[o]s...” (conf. fs. 647) carece de entidad para desvirtuar el razonamiento lógico expuesto por el Fisco Nacional en la resolución administrativa del 23 de mayo de 1997, puesto que en ella, la AFIP justificó, precisamente, la relación entre la cantidad de animales faenados y el cuero vendido teniendo en cuenta que “para el animal de faena, se determina técnicamente una relación peso de cuero/peso del animal del orden del 7,5%, y que para el caso que nos ocupa, se elaboró papel de trabajo que corre a fojas 500, en el que el peso que se atribuye a cada cuero es aproximadamente de 31 kgs.”.

Por ello, se revoca la sentencia apelada y se confirman los actos administrativos impugnados por la actora en lo relativo a la determinación tributaria, con costas a la vencida en todas las instancias (arts. 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase, debiendo el Tribunal Fiscal pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la multa aplicada por la AFIP, teniendo en cuenta lo decidido en la presente.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por el **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado, en el memorial de agravios, por el **Dr. Ignacio Mauro Markievich, en calidad de apoderado**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Carmen Flavia La Valle**.

Traslado contestado por **Gus Mig S.R.L.**, representado por la **Dra. Cecilia González Zanoni**.

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

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

JURADO GOLF S.A. c/ E.N. D.G.A. RESOL. 433/07 (ADEZ)
s/ DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS

FACTOR DE CONVERGENCIA.

Cabe revocar la sentencia que confirmó lo decidido por la Dirección Nacional de Aduanas al rechazar la solicitud de devolución de lo pagado en dólares por la actora

en virtud del factor de convergencia establecido por el decreto 803/01–régimen transitorio para comercio exterior–, al realizar la importación para consumo documentada, pues no puede sostenerse que tal contribución goce de cobertura legal suficiente, ya que la ley 24.425 –invocada en los “vistos” del decreto– no crea detracción patrimonial coactiva alguna ni autoriza su creación, y tampoco ello está contemplado en la órbita competencial habilitada para el Poder Ejecutivo Nacional por el inc. 1º del art. 99 de la Constitución Nacional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

FACTOR DE CONVERGENCIA.

Cabe revocar la sentencia que confirmó lo decidido por la Dirección Nacional de Aduanas al rechazar la solicitud de devolución de lo pagado en dólares por la actora en virtud del factor de convergencia establecido por el decreto 803/01 –régimen transitorio para comercio exterior–, al realizar la importación para consumo documentada, pues la norma impugnada tiene un defecto de origen y resulta irrita del principio de reserva legal al contradecir los arts. 4º, 17, 52, 75 inc. 1º y 2º, y 99 inc. 3º de la Constitución Nacional, hallándonos frente a un tributo que, más allá de su encuadramiento infraconstitucional, ha sido establecido mediante un mecanismo que se halla a extramuros de la única forma que la Carta Magna prevé, es decir, mediante una ley formal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 95/97, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar la sentencia de la instancia anterior, confirmó lo decidido oportunamente por la Dirección General de Aduanas en su resolución 433/07 (DI ADEZ), mediante la cual rechazó la solicitud de devolución de lo pagado (US\$ 124,40) por la actora en virtud del “factor de convergencia” establecido por el decreto 803/01, al realizar la importación para consumo documentada en el despacho 01 073 IC04 088813 C.

Para así decidir, estimó que el decreto 803/01 creó un régimen transitorio para el comercio exterior y que el factor de convergencia allí establecido buscó otorgar mayor competitividad a las exportaciones. Con relación a las operaciones de importación, expresó que aquél se

liquidaba al momento de oficializar el despacho, calculándose sobre el valor CIF declarado, y de acuerdo con la variación de la paridad entre el euro con el dólar estadounidense, publicada diariamente por el Banco Central de la República Argentina.

Recordó que el citado reglamento se enmarcó dentro de una “batería de políticas” tendientes a promover el fortalecimiento de la capacidad competitiva nacional y reimpulsar el crecimiento de la economía del país, con la introducción de un mecanismo de beneficio de las exportaciones financiado por los importadores, cuya naturaleza –a juicio de la cámara– no es tributaria, sino que consistió en un ajuste del tipo de cambio, aplicable exclusivamente a las operaciones de comercio exterior.

Concluyó en que la conveniencia del régimen transitorio de cambio no resulta susceptible de evaluación por los jueces, ya que se halla en la órbita del art. 99, inc. 1º, de la Constitución Nacional.

– II –

Disconforme con lo resuelto, la actora interpuso el recurso extraordinario que luce a fs. 101/120 vta., concedido a fs. 131.

Arguye –en síntesis– que la sentencia ha realizado una incorrecta exégesis del instituto en cuestión que, a su juicio, es indudablemente un tributo. Agrega que el decreto 803/01 choca con lo normado por la ley 25.414, en cuanto por ésta se delegó en el Poder Ejecutivo un conjunto de facultades, ninguna de las cuales lo autorizaba para establecer el mencionado “factor de convergencia”, incluso para la hipótesis en que se le asignase naturaleza cambiada.

– III –

A mi modo de ver, el recurso federal es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez e inteligencia de una norma federal (decreto 803/01) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la recurrente ha sustentado en ella (art. 14, incs. 1º y 3º de la ley 48).

– IV –

En el dictamen emitido en la causa A.311, L.XLVI, “Aceitera General Deheza S.A. (TF 22.313-A) c/ DGA”, el 1º de septiembre de 2010,

expresé que el decreto 803/01 estableció un “régimen transitorio para el comercio exterior”, instrumentado a través de la instauración del “factor de convergencia” (art. 1º), el que debía calcularse diariamente por el Banco Central de la República Argentina (art. 3º), de acuerdo con la fórmula establecida en su art. 2º, la que determinaba que aquél era equivalente a un dólar estadounidense menos el promedio simple de un dólar estadounidense y un euro de la Unión Europea, según la cotización allí fijada. Allí manifesté también que ese régimen tuvo en miras otorgar a las exportaciones una mayor competitividad para obtener una mejor inserción de la Argentina en el comercio mundial (párrafo 1º de los considerandos de la norma indicada), mediante el otorgamiento de un “beneficio a las exportaciones” (párrafo 2º) que, dentro del marco de la ley de convertibilidad, no afectaba el esquema monetario entonces en vigor ni tenía –en principio– costo fiscal (párrafo 4º).

En lo que hace a las operaciones de importación –supuesto de autos– el mencionado factor de convergencia incidía de una manera diversa, puesto que su art. 5º estableció que los importadores “deberán ingresar simultáneamente a la nacionalización de los bienes que importen, el Factor de Convergencia (FC) multiplicado por el valor CIF de las importaciones que realicen valuadas en Dólares Estadounidenses (...)”.

A mi modo de ver, con relación a los importadores, el monto a ingresar –calculado en función del factor de convergencia– constituye, sin hesitación, una “contribución” en los términos de los arts. 4º y 17 de nuestra Constitución Nacional, de incultable naturaleza tributaria, toda vez que se trata de una suma de dinero que obligatoriamente han de sufragar algunos sujetos pasivos –determinados por la norma–, en función de ciertas consideraciones de capacidad para contribuir, y que se halla destinada a la cobertura de gastos públicos.

Dicho en otros términos, la norma define un presupuesto de hecho que, al verificarse en la realidad del caso concreto, compele a ingresar al erario público una cantidad de dinero, en las condiciones establecidas por ella, siendo que tal obligación tiene por fuente un acto unilateral del Estado y que su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares afectados, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia (arg. Fallos: 318:676, considerando 8º).

Y, contrariamente a lo señalado por la demandada, estimo que no puede sostenerse que tal contribución goce de cobertura legal suficien-

te ya que, en efecto, la ley 24.425 (invocada en los “vistos” del decreto 803/01) no crea detracción patrimonial coactiva alguna como la de que aquí se trata, ni autoriza su creación. Y, por otra parte, tampoco ello está contemplado en la órbita competencial habilitada para el Poder Ejecutivo Nacional por el inc. 1° del art. 99 de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 182:410).

Ello me lleva a concluir en que la norma ahora impugnada tiene un defecto de origen y que cuanto resulta írrita del principio de reserva legal, al contradecir los arts. 4°, 17, 52, 75 (incs. 1° y 2°) y 99 (inc. 3°) de la Carta Magna (ver C.524, L.XLII, “Cladd Industria Textil S.A. y otro c/ E.N. SAGPYA - resol. 91/03 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 4 de agosto de 2009).

Se me hace imprescindible insistir en que es indudable que nos hallamos frente a un tributo que, más allá de su encuadramiento infraconstitucional, que no es relevante a los fines de este análisis (Fallos: 314:595, cons. 10°), ha sido establecido mediante un mecanismo que se halla claramente a extramuros de la única forma que nuestra Carta Magna prevé, es decir, mediante ley formal.

Al hilo de lo expuesto, no puedo dejar de recordar aquí que nuestra Constitución Nacional prescribe, de manera reiterada y como regla fundamental, tanto en el art. 4° como en los arts. 17 y 52, que sólo el Congreso impone las contribuciones referidas en el primero de ellos. Ha dicho el Tribunal al respecto, contundentemente, que “los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas (Fallos: 155:290; 248:482; 303:245; 312:912, entre otros) y, concordantemente con ello, ha afirmado reiteradamente que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones” (arg. Fallos: 316:2329; 318:1154; 319:3400; 321:366; 323:3770, entre muchos otros).

Por último, debo advertir que no mejora la suerte del instituto en cuestión el hecho de atribuirle naturaleza meramente cambiaria pues, como ha dicho el Tribunal, ella actuaría, en casos como el del *sub lite*, “al modo de un impuesto” o de “tributo atípico” (arg. Fallos: 294:152, cons. 14 y 25).

– V –

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario, y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 12 de abril de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Jurado Golf SA c/ EN – DGA – resol. 433/07 (ADEZ) s/ Dirección General de Aduanas”.

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 remitirse en razón de brevedad.

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

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Jurado Golf S.A.**, representada por **Horacio Arturo Pernet**, con el patrocinio letrado del **Dr. Ricardo Martín Pereyra**.

Traslado contestado por la **Dirección General de Aduanas**, representada por la **Dra. Graciela Angela Couto**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12**.

LEIVA, MARIA CECILIA s/ HOMICIDIO SIMPLE

HOMICIDIO.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que denegó el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia que la condenó a doce años de prisión por homicidio simple de su conviviente y padre de sus hijos, pues la Corte local no cumplió con las pautas de revisión y control de las condenas que surgen de la doctrina establecida por la Corte Suprema en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3399), ya que obvió o no consideró debidamente elementos probatorios esenciales para resolver el recurso, como obviar una circunstancia clave para dilucidar el estado físico, en los momentos inmediatamente posteriores al homicidio, de una imputada que decía haber matado sin querer cuando se defendía de una golpiza, lo que no fue analizado ni valorado en su digna dimensión.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

PROTECCION INTEGRAL DE LA MUJER.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que denegó el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia que la condenó a doce años de prisión por homicidio simple de su conviviente y padre de sus hijos, pues la afirmación del *a quo* para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso –a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario–, deriva que aquélla se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de las convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia –Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (aprobada por ley 24.632) y la ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer (reglamentada por decreto 1011/2010)–, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido.

–Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco a lo que adhiere la jueza Argibay–.

HOMICIDIO.

Si el superior tribunal provincial se negó a revisar una serie de aspectos de la sentencia condenatoria que la defensa de la imputada le había sometido a estudio y esa negativa no se fundó ni en la omisión de la parte de plantear esas cuestiones ni en que la revisión sea imposible de hecho, sino en que tales asuntos resultarían ajenos a la instancia casatoria, el derecho del imputado a someter a revisión la decisión condenatoria en su contra no ha sido debidamente garantizado y la decisión que rechazó el recurso de casación debe ser revocada (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

–Del precedente “Salto” (Fallos: 329:530), al que remitió el voto–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Corte de Justicia de Catamarca resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el defensor de María Cecilia L. (fojas 46 a 53 vuelta del legajo respectivo) contra la sentencia de la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de esa jurisdicción, que la condenó a doce años de prisión por homicidio simple (fojas 432 a 465 vuelta del principal).

Contra esa resolución se planteó el recurso extraordinario que fue parcialmente concedido (fojas 28 a 31).

– II –

Según el requerimiento de citación a juicio, María Cecilia L., el 3 de junio de 2005 a las 23, en la casa del barrio San Antonio Sur de la ciudad de Catamarca, mató de un puntazo asestado con un destornillador, en la zona del tórax (aorta en su cayado ascendente) a Sergio David S., que convivía con ella y era padre de sus hijos.

– III –

1. La defensa, en su recurso extraordinario, sostuvo que si bien los tribunales descartaron la legítima defensa porque no existió agresión ilegítima, ya que, según los testigos, María Cecilia L. no estaba golpeada, de manera contradictoria, reconocieron que las fotografías incorporadas a la causa y un informe médico daban cuenta de sus lesiones.

También alegó que el *a quo* no debió minimizar la cuestión del estado emocional con el argumento de que recién fue planteada en el recurso de casación, ya que se debió aplicar el principio *iura novit curia*. Y que la respuesta que, de todas maneras, dio a este agravio fue insuficiente y dogmática, ya que descartó la aplicación de esta atenuante sin haber hecho un análisis de los informe médicos que son concluyentes en cuanto al estado emocional que sufrió la imputada.

Por lo demás, la recurrente consideró que la corte provincial no analizó la violación a la garantía del *in dubio pro reo*, con base en la prueba que favorecía a la imputada.

2. El recurso extraordinario interpuesto en favor de María Cecilia L. fue concedido, pero sólo en cuanto al agravio de la legítima defensa.

– IV –

En mi opinión, la Corte de Justicia de Catamarca no cumplió con las pautas de revisión y control de las condenas que surgen de la doctrina establecida por V. E. en el invocado precedente Casal (Fallos: 328:3399), ya que obvió o no consideró debidamente elementos probatorios esenciales para resolver el recurso de casación.

1. Así, no valoró en su justo término la circunstancia de que el médico legista examinó a la mujer en el servicio de obstetricia del Hospital San Juan Bautista, a las cuatro horas del homicidio, e informó sobre “el cuadro lesional” que presentaba: “flogosis y herida contuso cortante que compromete labio superior e inferior, lateralizado a la derecha de la boca; hematoma lineal importante en cara externa de brazo izquierdo; dolor y hematoma en dorso de mano izquierda e impotencia funcional de dicha mano, lesiones éstas producidas por golpes con o contra elemento contundente; excoriaciones en miembros inferiores (rodillas) lesiones producidas por roce o fricción con o contra superficie dura y rugosa (arrastre); se objetiva también hematoma importante en región parietal izquierda, lesión producida por golpe con o contra elemento contundente. La causante presenta una gestación de entre el 5° y 6° mes. Todas las lesiones son recientes, tiempo de curación estimado en 28 días con 15 días de incapacidad, salvo complicación...” (fojas 24). Lesiones que fácilmente pueden verse en las fotos que sacó la policía y que se glosaron a fojas 118/122.

Tampoco dio la debida importancia al hecho de que L. fue llevada de inmediato al Hospital San Juan Bautista de Catamarca, donde quedó alojada por una semana en la habitación 10 del Servicio de Obstetricia (después fue trasladada a su casa para cumplir con el arresto domiciliario), lo que habla de la necesidad asistencial de la joven. Y como no se agregó al expediente su historia clínica, ni la instrucción dispuso las verificaciones facultativas del caso, con mayor razón debió dilucidar, teniendo en cuenta las demás evidencias, si el motivo de la

internación de L., con un embarazo de cinco meses, obedeció a la crisis nerviosa y a las lesiones que presentaba, ya que otro problema de salud no tenía, según lo refleja el informe médico de ese entonces (fojas 42), que constató su buen estado general.

(Debo reconocer que ante la desazón por no contar con las pruebas obvias que me ilustraran sobre los motivos de la internación, acudí a leer lo que se publicó al respecto en el diario local *La Unión*, donde al menos encontré una mención sobre la razón de esta hospitalización. No puedo resistir entonces, aunque no se trate, por supuesto, de una adquisición procesal regular, y aunque a este tipo de crónicas hay que tomarlas con cautela, pero con la tranquilidad de que no perjudico, sino más bien beneficio a la imputada, a la tentación de agregar al dictamen, en hoja aparte, la reproducción de la noticia habida por Internet.)

Se obvió, por consiguiente, una circunstancia clave para dilucidar el estado físico, en los momentos inmediatamente posteriores al homicidio, de una imputada que decía, palabras más, palabras menos, que había matado sin querer cuando se defendía de un golpiza, circunstancia que no fue analizada y valorada en su digna dimensión.

Por el contrario, ante estas falencias, el *a quo* aceptó, sin crítica alguna, dos tesis de la cámara de juicio:

a. La de privilegiar, de manera arbitraria, lo que dijeron algunos testigos, en cuanto a que no vieron lastimada a la imputada, cuando del informe médico y de las fotos surgía lo contrario.

b. La de tomar lo que dijeron los testigos N. (fojas 28 y v.), G. (fojas 31 a 33) y B. (fojas 34 a 35), en el sentido de que L., inmediatamente después del hecho, y habiendo ya salido de la casa, tropezó y cayó al piso, para extraer, en perjuicio de la imputada, la conclusión hipotética, y contradictoria respecto a la afirmación anterior, de que en esa caída pudo haberse hecho las lastimaduras que se constataron.

El tribunal de casación tampoco consideró la circunstancia de que a los pies del cuerpo de S. había un palo de escoba partido a la mitad –y la quebradura era reciente, como se puede apreciar en la foto de fojas 101– con manchas de sangre (acta inicial, fojas 3 y vuelta y foja 5 vuelta, pericia química de fojas 138 y vuelta). Y como la autopsia no da cuenta de ninguna otra lesión que no fuera, por cierto, el pun-

tazo mortal, llegando a decir, incluso, que “no se observaron lesiones (cortes) por defensa de la víctima en miembros superiores” (fojas 27), debió plantearse la cuestión de si el golpe del brazo izquierdo de L. que muestra la foto de fojas 118, no habría sido hecho por un golpe con este palo, ya que, entre otros signos que debió verificar el intérprete, el hematoma está limitado por dos líneas paralelas compatibles, según la experiencia, a una agresión con este objeto. Lo que debió leerse en conjunto con el golpe que se constató en el dorso de la mano del mismo brazo izquierdo y que configura una clara lesión defensiva.

Evidencia que debió meritarse con lo que la misma imputada declaró en el sentido de que S. “me pegó con un palo de escoba, yo me defendí, no sé qué es lo que agarré para defenderme... me empezó a golpear de vuelta con el palo de escoba” (indagatoria de fojas 131/v.)

Por fin, en relación a este aspecto, considero que el *a quo* tampoco cumplió con su deber de revisión cuando no tuvo en cuenta lo que refiriere el juez de cámara disidente, en el sentido de que todas las lesiones que dice la imputada haber sufrido de manos de su pareja, y que el magistrado describe una por una, fueron verificadas por el médico legista.

2. Se omitió, a la hora de estudiar las condiciones psíquicas de la imputada:

a. El ya citado examen médico de fojas 42, practicado unas quince horas después de su aprehensión, donde se asienta que “Según informe de la psicóloga, se encuentra en estado de crisis emocional. Por lo tanto no puede declarar”.

b. El acta inicial de actuaciones de fojas 1 a 6, firmada por dos testigos, el fiscal, el secretario y los policías instructores, donde surge que esta alteración nerviosa ya había sido constatada por las mismas autoridades preventoras, cuando, al acudir a su casa, decidieron llevarla al hospital.

c. La constancia del 5 de junio, al día siguiente del hecho, cuando el médico de la policía informó que L. “no se encuentra en condiciones de ser trasladada a la sede del juzgado”, y que “se le puede tomar declaración únicamente en el nosocomio” (fojas 68). Y el asiento que tres días después, el 8 de junio, donde asentó que debía declarar en

el lugar de internación, y agregó que recibía tratamiento psicológico (fojas 86 y vuelta).

Todo esto debió dar la pauta del menoscabo de salud de la imputada. Y como en la causa no se cuenta con inspecciones y estudios de las facultades mentales de L., ni hay constancias de que se le practicó el tratamiento psicológico que aconsejaron los profesionales que la vieron después del homicidio (operaciones que podrían haber echado luz sobre situaciones esenciales a la hora de resolver sobre su responsabilidad, como podría ser, si padecía el síndrome de la mujer golpeada o abusada por su pareja) el sopesar las constancias enumeradas arriba aparece como imprescindible, en pos de la comprensión de los motivos que llevaron a un mujer joven, embarazada de cinco meses, sin antecedentes, a herir mortalmente al padre de sus hijos, alegando en su defensa que éste le había pegado siempre, incluso le había hecho perder un embarazo anterior, agresión que se había repetido en esta ocasión con el riesgo de padecer un nuevo aborto, y de la que ella había atinado a defenderse, sin saber muy bien lo que hacía.

3. No se consideraron, con la suficiente amplitud y en el debido contexto, otros aspectos importantes para determinar la conducta de la imputada; a saber:

a. El informe de la psicóloga del Hospital San Juan Bautista, practicado a pocas horas del hecho, en el que dijo que L. cursaba “una situación de crisis de angustia por efecto del suceso traumático acontecido. Manifiesta no haber sido su intención asesinarlo, sino que fue producto de repetidos episodios de violencia física y verbal de los que fue víctima por parte de él. Demuestra sentirse muy afectada y que los recuerdos del hecho le vuelven constantemente a su mente. El año pasado refiere haber perdido un embarazo por el abuso físico realizado por su pareja, esta vez sintió que su vida y la del bebé estaban en riesgo, y reaccionó sin medir las consecuencias, en medio de una pelea, en que era golpeada y amenazada su vida” (fojas 55).

b. La primera pericia que ordenó la instrucción –y que nunca fue completada–, en cuyo marco la médica especializada en psiquiatría y coordinadora del departamento específico del Cuerpo Interdisciplinario Forense del Poder Judicial de Catamarca, indicó, cuando habían pasado casi tres meses del hecho, que todavía Cecilia L. estaba deprimida, seguramente por el puerperio, y con una actividad psíquica pasiva, por

lo que se postergaba la entrevista “esperando que se despejen los síntomas depresivos y encontrar un sustrato de su personalidad libre de otras asociaciones”. Pero, a pesar de que difiere las conclusiones de la pericia, agregó esta profesional que “al momento de la entrevista cursa angustia y dolor por los hechos que ocurrieron y que transcurren en un estado de emoción violenta”, así como que “no se observan parámetros que denoten falta de control de los impulsos” (fojas 188 vuelta).

c. El segundo estudio, ordenado porque en el primero no intervino el perito de parte, realizado seis meses después por otro experto del servicio judicial, quien diagnosticó que L. se encontraba depresiva, triste, angustiada, y que “fue víctima de una pareja agresora, lo cual provoca en ella un sentimiento de vulnerabilidad, de sumisión que se transmite actualmente cuando relata que lo extraña” (fojas 263 vuelta).

d. El dictamen del perito de parte quien coincidió en que la imputada presentó “un cuadro depresivo tipo reactivo” y concluyó en que “se puede interpretar la conducta homicida de la imputada dentro del marco de la relación de opresión, de sometimiento utilizando el opresor una violencia sistemática para lograr su objetivo: la subordinación ciega. En estos vínculos alienantes y enajenantes en que la asistida no era dueña de sus acciones, la respuesta de ella a esa violencia no puede entenderse más que como una reacción emocional violenta” (fojas 267).

La corte catamarqueña, sin hacer un análisis propio de todas estas características psíquicas de la imputada, íntimamente vinculadas a su postura defensiva, aceptó que la sentencia condenatoria hubiera tomado la afirmación de la primer perito de que “su conducta posee rasgos obsesivos”, como un elemento indicativo de su responsabilidad penal, sin citar o basarse en estudios científicos, ni dar una explicación clara del porqué de esta interpretación parcial, infundada y prejuiciosa en contra de la imputada.

Tampoco desdeñó por arbitraria la única apreciación que hizo el tribunal de juicio de los informes –producidos en el estricto contexto del estudio ordenado por el juez instructor–, y que consistió en relativizarlos con el argumento de que “se han basado exclusivamente en las entrevistas con la acusada”, por lo que no son pericias en sentido estricto y que quedaron desvirtuados con el resto de las pruebas; argumento que no parece consistente, ya que aun cuando la inspección mental

se hubiera ceñido a lo que la paciente relató, no se explica por qué en este caso no ocurrió lo que suele ocurrir en la práctica psiquiátrica, donde se da una confrontación entre el criterio de verdad intrínseca de lo que dice el paciente, y el análisis formal de su discurso, dialéctica en la que el médico encuentra su diagnóstico. ¿Por qué pensar que la imputada, una mujer joven y rústica, indujo, nada menos que a unos especialistas en salud mental, uno de ellos perito forense oficial, a un dictamen erróneo, siendo que, además, ella no hizo otra cosa que repetir la versión que dio en todo momento, incluso cuando, como vimos más arriba e inmediatamente después de su homicidio, fue poseída por la desesperación?

Y menos aún descartarlos diciendo que colisionan con la restante prueba en la causa, porque no se advierte que haya declarado alguien que conociera la intimidad familiar, el funcionamiento de los lazos maritales, como para asegurar que la imputada no fuera una mujer abusada, sino tan sólo depusieron vecinos que no tenían una relación estrecha con la pareja o conocían las cosas de oídas o por versiones unilaterales.

Es cierto que los informes no son lo suficientemente completos, ya que no se explicó qué pruebas psicológicas se hicieron, ni qué método se aplicó, ni, aunque ello no formaba parte de manera explícita de los puntos de la pericia, si la personalidad de la victimaria se compadecía con la de una mujer abusada o golpeada; pero lo cierto es que esa falencia, no remediada en el juicio, exigía que se prestara una especial atención a las conclusiones de los médicos y se las sometiera a un análisis global.

Estos estudios se debieron confrontar, a falta de mejores medios de prueba y para tener una idea de la situación de pareja de la imputada, con la versión de Gabriela del Carmen B. cuando dice que “en varias oportunidades tuvieron discusiones fuertes, como cuando discutieron y ella rompió el microondas que éste le había regalado, lo que provocó que Sergio le pegara en esa oportunidad”, y agrega que “...cuando se peleaban ella se iba y volvía a los días, la única pelea fuerte que me enteré que tuvieron, fue la primera mencionada, a raíz de que ella lo denunció” (fojas 34/35).

4. Estas probanzas ignoradas o erróneamente valoradas, se debieron integrar, por otra parte, con un análisis de lo que hizo L. apenas

cometió el hecho, porque de su conducta surgen evidencias insoslayables: ella pidió ayuda, una ambulancia, un teléfono, para salvar a Sergio S.; lloraba, daba gritos que oían todos sus vecinos; estaba desesperada, fuera de sí; dijo que él le había pegado y ella, en su defensa y la de su hijo, se había defendido y le había clavado un destornillador, aunque no quiso matarlo (Acta inicial de la policía; Carlos César G., fojas 31/32; Gabriela del Carmen B., fojas 34/35; Rita Noemí P., fojas 18/19; A., fojas 15/16; N., fojas 28 y vuelta; O., 20/21; A., fojas 22/23; G., fojas 29/v.) Además, la imputada trataba de cerrarle la herida para que no perdiera más sangre y de levantarlo para llevarlo al hospital, según cuenta la testigo B., y en determinado momento, en la versión de G., hizo lo posible para hacer arrancar un auto y llevar a la víctima al hospital.

5. No se tuvieron en cuenta otras circunstancias fácticas de capital relevancia: la puerta de la casa estaba cerrada con llave y la mujer, al parecer, no tenía ninguna copia, dos autos dificultaban el acceso, la ventana tenía rejas, y L., pese a sus intentos, no podía salir y gritaba pidiendo auxilio (Rita Noemí P., fojas 18, Germán Rafael A., fojas 22). El acta inicial dice que la ventana quedó dañada “en la parte media por la supuesta presión efectuada desde el sector interno hacia fuera” (el día anterior al hecho no estaba rota, según el testigo G., fojas 29/v.) La imputada recién pudo salir cuando los vecinos Marco G. y Germán A. (fojas 22/23) corrieron los coches y pudieron forzar la puerta, que, dicho sea de paso, también tenía signos de violencia del lado interior y manchas de sangre, como se hace constar en el acta citada, donde se asienta que todo hacía presumir que “desde adentro había sido tirada con fuerza para abrirla” (es útil también, sobre este aspecto, el testimonio de Rita Noemí P., fojas 18/19).

Lo cierto es que L. no pudo salir por sus propios medios y estuvo a merced de que alguien la rescatara junto a su pequeño hijo, cosa que hicieron dos vecinos, y como habría sido S. quien provocó el encierro, correspondía preguntarse qué rol cumplía ella en la pareja, respuesta que debió dar el órgano revisor a la luz de esta circunstancia, los dictámenes psiquiátricos, la conducta de la mujer después del hecho, y lo que ella misma explica en su indagatoria de fojas 131/v.: “quiero salir hasta el umbral de la puerta, él... me encierra adentro de la habitación poniéndole llave a la puerta... Cuando lo vi en el piso ensangrentado me asusté, pedí auxilio y la ventana estaba con rejas, grité por la ventana, los vecinos escucharon, vinieron a ver qué pasaba, yo les pedí

que me ayudaran porque estaba encerrada, ellos empujaron la puerta y la abrieron...”

6. Por último, se obvió considerar otra circunstancia que hubiera sido útil para esclarecer el aspecto volitivo de la conducta de L. y que condice con su tesitura defensiva: ella hirió a su pareja con un destornillador, arma impropia y por cierto de menor poder vulnerante que los cuchillos “Tramontina” que estaban desperdigados por el suelo junto al cuerpo de S. (fotos de fojas 98 y 99).

– V –

Por todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al presente recurso extraordinario, a fin de que el máximo tribunal de la Provincia de Catamarca reexamine, en el marco de las pautas señaladas, el recurso de casación interpuesto en favor de María Cecilia L. Buenos Aires, 15 de mayo de 2009. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

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 pronunciamiento con arreglo a la doctrina aquí expuesta. Notifíquese y cúmplase.

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

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

Considerando:

1º) Que la suscripta comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del señor Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

2º) Que sin perjuicio de ello, existe un aspecto que no fue expresamente recogido en su dictamen, al cual deseo referirme.

Para descartar la eventual existencia de legítima defensa, en el fallo en crisis se expresa que aun de aceptarse que hubiera mediado una agresión ilegítima por parte del occiso respecto de la imputada, ha sido ésta quien "...se sometió a ella libremente...", de manera tal que la situación de necesidad se generó con motivo "...del concurso de su voluntad..." y "...por esa razón, no puede invocarla para defenderse...".

3º) Que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer – “Convención de Belem do Pará” (aprobada a través de la ley 24.632), en su preámbulo sostiene que la violencia contra la mujer constituye “...una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales...”, “...una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres...”. Asimismo, al referirse a cuáles son los derechos que se pretende proteger a través del instrumento, menciona en primer término que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (artículo 3º).

4º) Que por otra parte, la ley 26.485 de “Protección Integral de la Mujer (reglamentada mediante el decreto 1011/2010), que apunta a erradicar cualquier tipo de discriminación entre varones y mujeres y a garantizar a estas últimas el derecho a vivir una vida sin violencia, declara que sus disposiciones son de orden público (artículo 1º) y define los diversos tipos de violencia a la que puede ser sometida una mujer así como también las distintas modalidades en que suele ser ejercida (artículos 5º y 6º); pone en cabeza de los poderes del estado la obligación de adoptar políticas y generar los medios necesarios para lograr

los fines perseguidos por la norma (artículo 7°); y finalmente establece un principio de amplitud probatoria “...para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos...”, tanto para tener por acreditados los hechos cuanto para resolver en un fallo al respecto (artículos 6° y 31).

5° Que, en consecuencia, aquella afirmación del *a quo* para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso –a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario–, deriva que Leiva se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina aquí expuesta. Notifíquese y cúmplase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1° Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto en el precedente “Salto” (Fallos: 329:530), voto de la jueza Argibay), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse.

2° Que, además, la suscripta comparte y hace suyas las consideraciones vertidas por la señora Ministra doctora Highton de Nolasco, en cuanto señala la palmaria contradicción de una afirmación del *a quo*, referida al *libre sometimiento* de la imputada a la alegada agresión

ilegítima de parte del occiso, con las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer (“Convención de Belem do Pará”) y de la ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer (cfr. Puntos 3° a 5° de su voto).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

Hágase saber y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Dr. Pedro Eugenio Despouy Santoro, abogado defensor de María Cecilia Leiva.**

Traslado contestado por el **señor Procurador General de la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, Dr. Enrique Ernesto Lilliedahl.**

Tribunal de origen: **Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de la Ciudad de Catamarca.**

MENDEZ, DANIEL ROBERTO s/ REC. DE CASACIÓN

CARCELES.

El artículo 121.c de la ley 24.660 –de ejecución de la pena privativa de la libertad– al establecer que el 25% del salario que perciben los presos por sus trabajos en prisión se destinará a un fondo de mantenimiento de establecimientos penales–, es inconstitucional, pues no sólo frustra y desvirtúa los propósitos de la ley en la que se encuentra inserto– sustentar el fin de readaptación social del condenado–, sino que colisiona con enunciados de jerarquía constitucional, siendo deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía constitucional, sin que se trate de apreciar el mérito, conveniencia u oportunidad de una norma dictada por el legislador, cayendo la cuestión bajo la jurisdicción de la Corte, dado que al Poder Judicial le compete garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.

CARCELES.

Por la “relación e interacción especial de sujeción” que se establece entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3 declaró la inconstitucionalidad del artículo 121, inciso c, de la ley 24.660 solicitada oportunamente por la defensa del condenado Daniel Roberto M. y, en consecuencia, dispuso que el Consejo Directivo del Ente de Cooperación Técnica Financiera (EN.CO.PE.) reintegre al fondo propio del interno el monto total que fue descontado de su salario con motivo de dicha norma (fs. 4/5 y 7/9).

Para así resolver, consideró que no corresponde que el interno pague por el servicio que se le brinda en su alojamiento intramuros, cuando es la autoridad administrativa la que debe adoptar las medidas necesarias para que se cumpla con el mandato constitucional que emerge de la última parte del artículo 18, en el sentido que debe asegurar las condiciones dignas de alojamiento en los establecimientos carcelarios –habitación, higiene, vestuario, alimentación, medicación, tratamientos terapéuticos, trabajo, educación, etc.– que conviertan en legítima la detención de una persona en cumplimiento de pena. Asimismo, sostuvo que de aceptar esa contribución para saldar los gastos que ocasione su encierro, tal situación coloca al interno que trabaja en una inmerecida situación de desmedro respecto de aquél que se niega injustificadamente a desempeñar cualquier tipo de actividad laboral, con directa afectación del derecho de igualdad (art. 16 C.N.).

Ante el recurso interpuesto por el fiscal de la instancia, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal revocó esa decisión y sos-

tuvo la constitucionalidad de ese precepto legal, por los motivos que lucen a fojas 48/65.

Contra este pronunciamiento la defensa oficial interpuso recurso extraordinario, que fue concedido a fojas 86/87.

– II –

En su presentación de fojas 67/83, la recurrente insistió en que lo dispuesto en el artículo 121, inciso “c”, de la ley 24.660, implica una trasgresión a los principios constitucionales de igualdad, propiedad y derecho a trabajar. Refirió que es inhumano que el recluso pague por una manutención que no recibe en condiciones dignas y, aunque se las proveyeran de manera razonablemente satisfactoria, tampoco debería pagarlas porque su estadía es forzada, siendo en consecuencia el Estado quien debe aportar lo necesario para que el encierro no devenga ilegítimo. Agregó que en la medida que tanto la Constitución Nacional (art. 18), como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 5.6) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3), establecen las condiciones en que debe alojarse y tratarse a las personas privadas de su libertad, sólo es admisible que éstas respondan por su dolo o por su omisión del deber de cuidado, pero nunca por su manutención.

Luego de aludir al criterio establecido por otras salas de esa misma Cámara, en el que se reconoció que los únicos gastos que tiene que afrontar el interno con su salario son aquellos designados como “extraordinarios” y que el legislador previó en el artículo 129 de la citada ley, consideró dogmática la opinión del vocal que votó en segundo término, al intentar inferir del marco normativo que invoca la justificación de la retención de un porcentaje del magro sueldo percibido por el preso, para contribuir con los gastos que causare en el establecimiento.

Concluyó que siendo el trabajo penitenciario un derecho del interno y uno de los elementos que integran el tratamiento tendiente a cumplir con la finalidad de lograr su reinserción social (arts. 1, 5 y 106, de la ley 24.660), pretender gravar la forzada permanencia en el establecimiento mediante la retención de una muy importante porción de su remuneración por trabajo obligatorio, constituye una nueva vejación que sufren las personas privadas de libertad, razón por la cual debía prosperar la inconstitucionalidad articulada. Subsidiariamente, solicitó que se otorgue a la norma en cuestión la interpretación asignada por la

Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa “Molina, Carlos Alberto”, resuelta el 25 de agosto de 2006.

– III –

Sin desconocer que lo dispuesto en la ley 24.660 como en su antecedente inmediato, la ley penitenciaria nacional (decreto ley 412/58), constituyen cuestiones de derecho común (Fallos: 303:256; 317:282; 320:2729, disidencia del doctor Petracchi; 325:2031), lo cierto es que el planteo de la recurrente se dirige a poner en pugna una norma del citado cuerpo legal con principios que se derivan de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales sobre el tema objeto de análisis, de manera tal que existe relación directa e inmediata entre la materia del pronunciamiento apelado y las normas constitucionales invocadas que haría procedente el recurso extraordinario, a tal punto que la solución de la causa depende de lo que se resuelva acerca de la constitucionalidad o no de la ley común aplicada, según la interpretación que judicialmente se le asignó, y la decisión emitida por el superior tribunal de la causa es contraria a la cuestión federal introducida (Fallos: 305:718; 310:508; 324:2153 y sus citas; 329:3680).

Sin embargo, advierto que el remedio federal adolece de la debida fundamentación que exige el artículo 15 de la ley 48, en tanto las objeciones de la defensa se apoyan exclusivamente en la presunta inconstitucionalidad de una norma –art. 121, inciso “c”, de la ley 24.660– que complementa otra –art. 11 del Código Penal– carácter éste que surge del propio texto de la citada ley (arts. 122, 126 y 229) y que la recurrente no llega a controvertir, dejando indemne la norma objeto de reglamentación (conf. Fallos: 322:1926).

– IV –

Pero, aún en el supuesto que V.E. decidiera obviar ese óbice formal, en cuanto al fondo del asunto, entiendo que los argumentos del *a quo* reflejan correctamente la inteligencia que cabe asignar al precepto legal en cuestión y cómo deben compatibilizarse sus términos con las normas constitucionales y el resto del ordenamiento legal, según la específica finalidad de lograr la adecuada reinserción social del condenado que se persiguió con la sanción de dicha ley, al regular lo concerniente a la ejecución de la pena privativa de libertad (conf. artículo 1 y mensaje de elevación del proyecto de ley por el Poder Ejecutivo Nacional, el 6

de julio de 1995). Por tal motivo sólo me limitaré a agregar, con las reservas que seguidamente expondré, algunas consideraciones que no hacen más que convalidar las razones vertidas en el fallo para rechazar la tacha de inconstitucionalidad alegada, cuyos términos comparto y doy por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones.

En primer término, en la medida que la impugnación conduce al análisis sobre la validez de una norma de jerarquía legal, la Corte tiene dicho al respecto que es su deber agotar todas las interpretaciones posibles antes de concluir en su inconstitucionalidad, ya que ésta es un remedio extremo que sólo puede operar cuando no resta posibilidad alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella por imperio de lo dispuesto en su artículo 75, inciso 22, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia y soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (Fallos: 328:1491, considerando 27°).

En este contexto, como bien lo apunta el *a quo*, la interpretación puramente gramatical de la ley es la primera que se debe privilegiar (Fallos: 307:696; 308:1745; 311:1042; 312:2078; 313:254; 315:1256; 319:1131; 320:2131, entre muchos otros), debiéndose asignar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 304:1820; 310:937; 313:223; 324:2153 y 4349), siendo regla de hermenéutica de las leyes atender a la armonía que deben guardar con el orden jurídico restante y con las garantías de la Constitución Nacional, por lo que debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulte los fines perseguidos legislativamente con su sanción (Fallos: 306:940 y sus citas).

En el recurso no se repara en la correcta ponderación de estas pautas establecidas por V.E., en especial la última, pues se sostiene casi dogmáticamente que no puede exigírsele a la persona privada de libertad que contribuya con una obligación que, por mandato constitucional, es de exclusivo resorte del Estado, sin siquiera reparar en la estrecha relación que tiene con el fin resocializador de la pena la retención del porcentaje que establece el inciso “c” del artículo 121 de la ley 24.660. En efecto, en su afán por proteger los intereses de la persona privada de libertad, la defensa olvida que al ser esa remuneración que recibe el interno producto de su trabajo (art. 120), necesariamente participa de los mismos principios y características en virtud de los cuales éste fue concebido (arts. 106 y siguientes); es decir, como una de las bases del tratamiento que tiene directa incidencia en su formación tendiente

a prepararlo para que pueda desempeñarse correctamente a su egreso del establecimiento penitenciario, una vez cumplida la condena. Desde este punto de vista, no cabe duda que la retención que se realiza de su salario tiene un carácter esencialmente pedagógico, en tanto que al igual que el resto de las cargas que eventualmente deberá afrontar el interno, tiende a inculcarle lo imprescindible que resulta tomar conciencia de ciertos valores para poder desempeñarse en la vida en libertad y que hacen a su propia subsistencia, como la de generar ingresos y administrarlos adecuadamente para afrontar las necesidades básicas que le permitan vivir dignamente.

Precisamente esta es la inteligencia que cabe extraer del fallo que se impugna, cuando se afirma que dicho monto "...tiene un claro sentido formativo y correctivo, que no puede subestimarse, ni asimilarse a una intención de obtener beneficios pecuniarios para el Estado (cfr. art. 72.2 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos)...". También cuando se alude a "...las principales características y finalidades del trabajo remunerado que se realiza intramuros, y con ello el objetivo de fomentar que el interno, en las circunstancias propias del encierro que padece, adquiera también una noción necesaria para su resocialización: que es la capacidad de afrontar sus responsabilidades y necesidades mediante el trabajo personal. Todo lo cual se compadece con lo dispuesto en los tratados internacionales en cuanto también prescriben que toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.... Y, asimismo, con lo prescripto por las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos en cuanto establece que el tratamiento penitenciario debe tener por objeto también el de fomentar un criterio de responsabilidad y, en tal sentido, mantenerse con el producto de su trabajo y crear la aptitud para hacerlo (art. 65)..." (voto del doctor Gustavo M. Hornos). En igual sentido, la doctora Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, sostuvo respecto de la norma cuestionada que "...el legislador ha pretendido fomentar que el interno, en la circunstancia de encierro que padece, adquiera una noción indispensable para alcanzar una verdadera resociabilización: el poder afrontar sus responsabilidades y necesidades mediante el trabajo personal. Es que ello resulta un aspecto incuestionable de la vida libre en sociedad, cual es la realidad que cada persona logre atender sus responsabilidades (indemnización de daños producidos, prestación de alimentos, etc.) y cubrir sus necesidades básicas individuales (vivienda, comida, ropa, etc.) mediante el provecho de su trabajo; dado que en la vida extramuros no existe un Estado paternalista que se haga cargo de absoluta-

mente todas y cada una de las necesidades del individuo. Adviértase que incluso los tratados internacionales con rango constitucional han avalado esta realidad, al sostener que toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad (art. 37 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), como así también que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad (art. 32.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)...”. Refirió por último que “...atendiendo a los propios fines de reinserción social inherentes a la ejecución penal, no sólo resulta un medio idóneo para brindarle al interno la posibilidad de una capacitación laboral, sino que ineludiblemente esta modalidad también contiene un factor psicológico que fortalece ciertos aspectos de responsabilidad y autodisciplina, colaborando en que el condenado internalice la noción de que el trabajo resulta un medio indispensable para que el individuo responda —económicamente, con su remuneración— por una serie de obligaciones y responsabilidades que la ley ha detallado atendiendo a diversos criterios (de justicia, de orden público relativos al derecho de familia, resocializadores)...”.

Respecto del voto de la vocal preopinante, si bien comparto su razonamiento en cuanto vincula de manera directa la retención del porcentaje mientras dure el encierro con el fin resocializador de la pena, no ocurre lo mismo con la devolución de dicho monto al interno al recuperar su libertad, en la medida que tal situación no se encuentra contemplada en la ley. De ser ésa la intención del legislador la hubiera previsto expresamente, tal como lógicamente lo hizo respecto de los supuestos previstos en el artículo 122 —que comprende el salario del interno durante la semilibertad, prisión discontinua o semidetención— situaciones en las que no cabe realizar esa deducción y esa parte destinada a costear los gastos que causare al establecimiento acrecerá, su fondo propio, atento las especiales características en que se cumplen esas fases del tratamiento penitenciario, incluso, con un menor gasto de manutención.

He creído necesario reiterar textualmente estos argumentos que surgen del fallo apelado, aún en detrimento de la brevedad, para demostrar la insuficiente fundamentación que exhibe el recurso en este aspecto, en la medida que no se alcanza a demostrar que la inteligencia asignada por el *a quo* a la norma en cuestión implique estrictamente el interés económico del Estado de cubrir el costo de una obligación que le compete en virtud del artículo 18 *in fine* de la Constitución Nacio-

nal, cláusula cuyo contenido operativo le impone por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o detención preventiva, la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral (Fallos: 313:1262; 318:1894 y 2002; 326:1269; 327:5658; 328:1146; 329:3065 y causa L. 733, XLII “Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza”, resuelta el 13 de febrero de 2007).

Por el contrario, como quedó expuesto, la deducción en el salario del interno del porcentaje en tal concepto ha sido contemplada para contribuir pura y exclusivamente a apuntalar su readaptación social, que constituye el objetivo superior del sistema de ejecución de la pena previsto en la ley 24.660 (art. 1), y que contemplan con igual alcance los artículos 5.6. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Desde esta perspectiva, adquiere trascendencia el carácter pedagógico señalado y resulta irrelevante toda discusión en torno a lo ínfimo o no que pueda resultar dicho monto para cubrir los gastos que genere el interno en el establecimiento carcelario pues, insisto, en cualquier situación la propia ley impone a la autoridad penitenciaria cumplir con su deber constitucional de asegurar su bienestar psicofísico mientras perdure el encierro en lo que hace a su alojamiento, higiene, vestimenta y alimentación (arts. 58 a 65, de la citada ley), incluso, en el supuesto que no trabaje, ya sea por deficiencias del sistema penitenciario o por decisión propia (art. 110).

En este orden de ideas, adviértase que no en vano el legislador, en los supuestos en que se flexibiliza el régimen al que se encuentra sometido el interno y en el marco del sistema progresivo previsto en la ley, lógicamente consideró que el descuento del porcentaje por los gastos que causara en el establecimiento debía destinarse a su fondo propio (art. 126), en la medida que esas situaciones implican su gradual incorporación a la vida en libertad con los compromisos y deberes que se derivan de ella y, además, originan otros gastos como consecuencia de la actividad desarrollada fuera del penal. En cuanto a este último aspecto, se aprecia con mayor nitidez que carece de fundamento atribuirle a un interés estrictamente pecuniario del Estado la deducción del monto previsto en la norma objetada, tal como implícitamente se sugiere en el recurso extraordinario, pues a pesar de que en tales supuestos, aunque en menor medida, continúan generándose gastos mientras el interno permanezca alojado en el establecimiento carcelario, su

salario, como quedó dicho, ya no se encuentra afectado en tal concepto, sin perjuicio de lo cual la autoridad penitenciaria deberá cumplir con su deber constitucional de velar por el cuidado de la salud psicofísica hasta su liberación definitiva.

Esa solución, no sólo guarda coherencia con el fin de la norma que se critica, sino que demuestra el acierto de la inteligencia que el *a quo* le asigna, pues de no ser así entendida la cuestión, importaría una contradicción de la ley con sus propios términos, situación que, por principio, cabe evitar, toda vez que es criterio de hermenéutica también que la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador no debe presuponerse (Fallos: 301:489; 306:721; 314:458; 317:1820; 320:1701). Es que muy por el contrario al sentido que en el recurso se le pretende asignar a la norma, lo dispuesto en el referido artículo 126, demuestra que no es el interés económico del Estado el que inspira el régimen legal, sino la resocialización del interno.

Este razonamiento fue soslayado por la recurrente, al igual que aquél que se apoya especialmente en los principios que emergen de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, que se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional de las personas privadas de libertad (Fallos: 328:1146, considerando 39), compatible con todo cuanto aquí se viene exponiendo, pues sólo se limitó a sostener que el recluso no debe pagar por una manutención en un lugar donde su estadía es forzada y que es el Estado quien debe aportar lo necesario para que el encierro dispuesto no devenga ilegítimo.

Repárese que ese carácter preponderantemente pedagógico, que cabe también extenderlo a los restantes aspectos entre los que simultáneamente se distribuirá su remuneración, incluso, respecto el fondo propio que como ahorro se contempla en el inciso “d”, todo ello con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del Código Penal, encuentra debido sustento en la importancia que la propia ley le otorga a su trabajo, al considerarlo “un derecho y un deber que constituye una de las bases del tratamiento y tiene positiva incidencia en su formación” (art. 106). No cabe duda que ésta última se nutre, entre otros valores, con la necesidad que tiene todo individuo de destinar parte del sueldo que recibe como contraprestación de su trabajo para afrontar ciertos gastos –como la manutención de su hogar, alimentos, vestimenta, salud– para poder vivir dignamente. Por lo tanto, no parece irrazonable sostener que mediante la norma objeto de discusión, se procure infundirle al interno

esas exigencias básicas que le demandará la convivencia en sociedad y que deberá afrontar a partir de su soltura. Precisamente, lograr la fijación de estas pautas –incluso, en aquellos presos que no desempeñan tarea alguna– constituye una de las sustanciales diferencias con el trabajo remunerado de las personas en libertad.

Por último, la recurrente critica que el *a quo* no tuvo en cuenta diversos aspectos de la realidad carcelaria que se encarga de señalar, tales como las pésimas condiciones de vida, la necesidad que tiene el propio interno de autoabastecerse o de ser asistido por su familia en la provisión de alimentos y otros aportes elementales; así como que el trabajo en prisión es un privilegio y dista de tener un carácter formativo y eficaz para preparar al recluso para la vida libre.

Sin embargo, considero que ese planteo, que deja entrever cierto escepticismo acerca del sentido que inspira el fallo, a tal punto que pone en duda “la readaptación, en sentido clásico, de personas adultas”, no atiende al punto que pretende debatir, ligado a la compatibilidad de la norma legal con las garantías constitucionales que se invocan, cuya posible inobservancia no puede servir de base para alterar la recta interpretación de las disposiciones que las reglamentan pues, de ese modo, se atentaría aún más contra su efectiva vigencia la que, en todo caso, debe ser asegurada por las vías pertinentes y que, en lo que aquí interesa, han merecido incluso la intervención del Tribunal (confr. Fallos: 327:5658; 328:1146 y causa L. 733, XLII “Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza provincia y otro” s/acción declarativa de certeza”, resuelta el 13 de febrero de 2007, ya citados).

Por otra parte, no debe olvidarse que es ajeno al Poder Judicial toda apreciación acerca del mérito, conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, siendo el único juicio que corresponde emitir a los tribunales referente a la constitucionalidad de las leyes el de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, aspecto que ha sido prolijamente abordado en el fallo sin que la defensa haya podido demostrar que la norma cuya validez objeta no se adecue a la finalidad que procura la ley 24.660, ni menos aún, que establezca una manifiesta iniquidad con las personas privadas de libertad que, por diversos motivos, no desempeñan ningún trabajo (Fallos: 310:1476; 312:1437; 314:424; 317:1541; 327:1479, disidencias de los doctores Belluscio y Boggiano).

– V –

En consecuencia, con base en las consideraciones precedentes y demás fundamentos expuestos por el *a quo*, opino que V.E. debe confirmar el fallo impugnado en todo lo que fue materia de apelación. Buenos Aires, 19 de Diciembre de 2007. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Méndez, Daniel Roberto *s/* recurso de casación”.

1°) Que el Juez Nacional de Ejecución Penal (Juzgado N° 3) hizo lugar al planteo del Defensor Oficial y, por ende, declaró la inconstitucionalidad del artículo 121.c de la ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, al tiempo que resolvió que el Consejo Directivo del Ente de Cooperación Técnica Financiera (EN.CO.PE) dispusiera lo necesario para que se integre al fondo propio del interno el monto total que fuera descontado de sus salarios en aplicación del precepto cuestionado. La sentencia, con motivo del recurso deducido por el Fiscal Nacional ante los juzgados de ejecución penal, fue revocada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, la cual, mediante el voto separado de sus tres integrantes, consideró constitucional la norma citada. En tal sentido, dos de los votos coincidieron en interpretar que el porcentaje de la retribución en juego estaba destinado a solventar los gastos de “manutención” del interno (fs. 56 vta., 61 vta. y 64), lo cual encontraba fundamento en los fines de resocialización o reinserción social que tiene la pena (fs. 57, 61 y *pássim* de los votos de los jueces que intervinieron en segundo y tercer término). La decisión motivó el recurso extraordinario de la Defensora Pública Oficial ante la citada cámara, que fue concedido.

2°) Que la apelación promueve una cuestión federal en los términos del artículo 14.3 de la ley 48, y reúne los restantes requisitos de admisibilidad. Corresponde, por ende, ingresar al fondo del asunto, vale decir, analizar la validez constitucional del citado artículo 121.c de la ley 24.660, el cual reza: “[l]a retribución del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá

simultáneamente en la forma siguiente: [...] c) 25% para costear los gastos que causare en el establecimiento”. A tal fin, la Corte debe atenerse a la inteligencia que a esa norma ha dado el *a quo*, por ser ésta de derecho común, y confrontarla con las normas federales de superior jerarquía aplicables al caso (Fallos: 199:617, 620 y sus citas).

3º) Que la primera advertencia que corresponde formular, es que la readaptación social del penado resulta, indudablemente, no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo “superior” de ese sistema (“Verbitsky”, Fallos: 328:1146, 1186 y su cita – 2005). Empero, es igualmente cierto que no por su elevado emplazamiento, dicho objetivo consiente toda medida por el solo hecho de que se la considere dirigida a su logro. El presente caso, precisamente, se emplaza en ese terreno, pues no resulta admisible que, so color de la mentada readaptación, el Estado ponga la satisfacción –total o parcial– de obligaciones propias en cabeza del interno. Es que, resulta claro del texto constitucional y de los tratados internacionales con dicha jerarquía (artículos 18 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), que pesa sobre el Estado el deber de custodia de todas las personas que están sometidas a detención preventiva o condena y que dicho deber estatal debe llevarse a cabo con el debido respeto de los derechos fundamentales reconocidos por dichas normas, en el marco de los estándares internacionales.

Desde antiguo con base en el artículo 18 de la Constitución Nacional, según el cual las cárceles serán sanas y limpias para resguardo y no para castigo de los detenidos en ellas –cláusula de contenido operativo–, se impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral (“Verbitsky”, cit. pág. 1186 y su cita). Más aún: “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones” a dichas obligaciones, pues ello “sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (artículo 5º, inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (ídem, pág. 1183).

4º) Que, en igual sentido, el Comité de Derechos Humanos, al resolver el caso *Womah Mukong c. Camerun*, sostuvo de manera conclu-

yente y de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, por un lado, que es “obligación” del Estado respecto de todo recluso la observancia de ciertas reglas mínimas (vgr., habitación, instalaciones sanitarias, nutrición, salud) y, por el otro, que dicha obligación debe cumplirse “siempre, aunque consideraciones económicas o presupuestarias puedan hacer[lo] difícil” y “cualquiera que sea el nivel de desarrollo del Estado parte de que se trate” (comunicación N° 458/1991, 21-7-1994, CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.3). Con ello, por lo pronto, reiteró los lineamientos de su *Observación General N° 21. Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10)*, de 1992, con arreglo a los cuales, así como el artículo 10.1 del mencionado pacto impone a los Estados Partes una “obligación positiva” en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad, así también tratar a éstas con humanidad y respeto de su dignidad “es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte” (párrs. 3 y 4). Dichas Reglas Mínimas (adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente –Ginebra, 1955–, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), 31-7-1957, y 2076 (LXII), 13-5-1977), por lo demás, regulan pormenorizadamente las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales de los detenidos (vgr. reglas 9/14 –locales destinados a los reclusos–, 15/16 –higiene–, 17 –ropa–, 20 –alimentación–, 22 –servicios médicos–, 77 –instrucción–). Y, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad (“Verbitsky”, cit., pág. 1187; asimismo: “Gallardo”, Fallos: 322:2735). Con análogos alcances han sido aplicados, entre otros, por el Comité contra la Tortura (vgr.: *Observaciones finales: Guatemala*, 6-12-2000, A/76/44, párr. 73.f), por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (p. ej.: *Yvon Neptune vs. Haití*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6-5-2008, Serie C N° 180, párr. 144), y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que las ha entendido como referencias adecuadas de las normas internacionales mínimas para el trato humano de los reclusos, en materia, p. ej., de alojamiento, higiene y tratamiento médico (informe N° 127/01, caso 12.183, *Joseph Thomas –Jamaica*, 3-12-2001, párr. 133, entre otros).

De igual modo, ciertamente, puede discurrirse a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: todo individuo “tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad” (art. XXV). Valga recordar, incluso, que si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene norma alguna sobre las condiciones de reclusión, ello no le ha impedido a la Corte Europea de Derechos Humanos juzgar, mediante una interpretación constructiva, que el art. 3º del citado instrumento “impone” al Estado el “aseguramiento” de que dichas condiciones resulten compatibles con el respeto de la dignidad humana (*Kudla c. Pologne*, sentencia del 26-10-2000, *Recueil* 2000-XI, párr. 94).

5º Que, en suma, por la “relación e interacción especial de sujeción” que se establece entre el interno y el Estado, “este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2-9-2004, Serie C Nº 112, párr. 153).

6º Que, esta Corte ya había enunciado que el ingreso a una prisión, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional, y que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso. Esta postura seguida desde el precedente “Dessy” (Fallos: 318:1894), sobre el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, se ha mantenido en otros precedentes (Fallos: 327:388 y 328:1146).

Justamente en la Declaración de Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos –La Habana, Cuba, 1990– se estableció como regla elemental que el ser humano no pierde su dignidad por estar privado de su libertad; es que con excepción de aquellas limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos ellos, sin distinción alguna, siguen gozando de los derechos hu-

manos y libertades fundamentales reconocidos en los documentos de protección nacional e internacional de los derechos humanos.

Que, en tales condiciones, resulta del todo evidente que, a la luz del artículo 18 de la Constitución Nacional y las normas de los tratados internacionales con jerarquía constitucional de las que se ha hecho mérito, a las que se suman los patrones de las citadas Reglas Mínimas, la limitación salarial del artículo 121, inciso c de la ley 24.660 resulta inválida, puesto que implica transferir al interno trabajador el costo de la obligación de su manutención que, según dicho marco normativo, pesa por entero sobre el Estado.

Cuadra acotar, incluso, que la mentada disposición contradice abiertamente las “normas de trato” previstas en la propia ley 24.660, entre las que corresponde destacar, vgr.: “(e)l régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud” (...) (artículo 58); “(l)a administración proveerá al interno de vestimenta acorde al clima y a la estación” (artículo 63); “(a)l interno se le proveerá de ropa suficiente para su cama individual, la que será mudada con regularidad” (artículo 64); “(l)a alimentación del interno estará a cargo de la administración, será adecuada a sus necesidades y sustentada en criterios higiénico-dietéticos” (artículo 65); “los establecimientos deberán disponer de suficientes y adecuadas instalaciones sanitarias y proveerán al interno de los elementos indispensables para su higiene (artículo 60); desde su ingreso “se asegurará al interno el ejercicio de su derecho de aprender, adoptándose las medidas necesarias para mantener, fomentar y mejorar su educación e instrucción” (artículo 133).

Que, por lo tanto, si se acepta, como surge claramente de normas de rango constitucional, que se encuentra en cuestión un deber netamente estadual con el propósito de sustentar el fin de readaptación social de las personas condenadas, el artículo 121, inciso c de la ley 24.660 no sólo frustra y desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto, sino que colisiona con enunciados de jerarquía constitucional, y es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal. No se trata de apreciar el mérito, conveniencia u oportunidad de una norma dictada por el legislador, sino que la cuestión planteada en el *sub lite*, está bajo la jurisdicción de esta Corte, ya que sin duda alguna al Poder

Judicial de la Nación le compete garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias (Fallos: 328:1146).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara admisible y procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio examinado. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por la **Dra. Eleonora Devoto a favor de Daniel Roberto Méndez.**

Traslado contestado por **el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, Dr. Juan Martín Romero Victorica.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3.**

MOLINA, HECTOR RICARDO (TF 17.184-I) c/ DGI

SOCIEDAD ANONIMA.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión del Tribunal Fiscal que había confirmado las resoluciones que establecieron la responsabilidad solidaria de los directores de la sociedad anónima actora, respecto del impuesto al valor agregado, pues el tribunal administrativo juzgó, con sustento en el art. 33 de la ley 11.683, que el crédito fiscal invocado no podía considerarse probado con la mera exhibición de las registraciones obrantes en los libros contables de la empresa ya que su “valor probatorio”, está directamente vinculado a los comprobantes que las respalden y la fe que éstos merezcan, apartándose la alzada de tal conclusión, sin indicar cuál habría sido el error en el que habría incurrido el tribunal, sustentando su decisión en meros listados de computación que darían cuenta de facturas emitidas por proveedores de la sociedad y en el examen realizado por el síndico de los libros IVA-ventas e IVA-compras, pasando por alto la clara directiva del artículo aludido

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.

Cabe confirmar las resoluciones que establecieron la responsabilidad solidaria de los directores de la sociedad anónima actora, respecto del impuesto al valor agregado, pues el estado concursal de la sociedad no desobligó a sus directores —como pretende el *a quo*—, dado que la determinación de oficio practicada está referida al impuesto por períodos fiscales durante los cuales tanto la sociedad como sus directores se encontraban legalmente habilitados para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones fiscales, y de acuerdo con el art. 15 de la ley 24.522 el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Molina, Héctor R. (TF 17.184-I) c/ DGI”.

Considerando:

1°) Que el Tribunal Fiscal de la Nación confirmó (conf. fs. 1268/1271 vta.) las resoluciones AFIP 43/99, 76/99 y 77/99 que establecieron la responsabilidad solidaria de los señores Héctor Ricardo Molina, Manuel Laviana y Ricardo Pedro Novillo Astrada, en su carácter de directores de Indual S.A., respecto del impuesto al valor agregado que el organismo recaudador le determinó a la sociedad por los períodos fiscales enero de 1993 a agosto de 1994, con más los intereses correspondientes y la aplicación de las respectivas multas en los términos del art. 45 de la ley 11.683.

2°) Que el mencionado tribunal señaló en su sentencia que el organismo recaudador había cumplido con el requisito de llevar a cabo el procedimiento determinativo de oficio contemplado en el art. 17 de la ley 11.683 respecto de Indual S.A. para luego hacer efectiva la responsabilidad solidaria de sus directores, según lo prevé el art. 8° de esa ley. En tal sentido, destacó que tanto la sociedad como el síndico de su quiebra habían sido notificados de la vista previa al inicio del referido procedimiento; y puso de relieve que la AFIP había tenido que llevar a cabo dicho mecanismo de determinación de deuda en razón de que la empresa no había presentado las pertinentes declaraciones juradas.

En lo atinente al cuestionamiento efectuado por los actores respecto de la obligación principal –determinada por la AFIP a Indual S.A.– desestimó los agravios de aquéllos, consistentes en sostener que el organismo recaudador había omitido computar el crédito fiscal –que surgiría de los libros de la empresa– y que, de haberlo hecho, el saldo reclamado habría quedado neutralizado, al punto de que resultaría, inclusive, un saldo favorable al contribuyente. Sobre tal cuestión, el Tribunal Fiscal afirmó que a los efectos de tener por probado el crédito fiscal no bastaba con remitir a las registraciones de los libros contables del contribuyente ni los cálculos efectuados por los peritos contadores sobre los registros de dichos libros, ya que resulta necesario para ello contar con los comprobantes que respalden tales registraciones, según lo establece el art. 33 de la ley 11.683. Y al respecto destacó que ningún comprobante que pueda hacer viable el crédito fiscal fue presentado en la causa.

Sentado lo que antecede, en lo referente a la responsabilidad solidaria atribuida a los directores que apelaron ante ese tribunal, concluyó que los tres sujetos habían revestido y ejercido efectivamente sus cargos en el directorio de la sociedad. En tal sentido, precisó que había quedado acreditado “el poder decisorio del Presidente Alvarez Laviana, la responsabilidad financiera (manejo de los fondos) de Novillo Astrada y la responsabilidad administrativa de Molina quien –a su vez– revestía el carácter de contador de la empresa, lo que no resulta un dato menor en orden a la naturaleza impositiva del conflicto que, por elementales principios de lógica, debían caer parcialmente dentro de su órbita de manejo, consejo y, eventualmente, decisión” (conf. fs. 1271 –último párrafo–). Por último, confirmó las multas impuestas a los directores sobre la base de considerar que en las resoluciones apeladas se les había imputado diversos incumplimientos en el marco de la ley de impuesto al valor agregado y que éstos no habían logrado exponer, desarrollar ni acreditar circunstancia alguna que encuadrara como error excusable a efectos de eximirlos de responsabilidad.

3º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al hacer lugar a los recursos de apelación deducidos por los señores Molina y Novillo Astrada, revocó la sentencia del Tribunal Fiscal a su respecto (fs. 1445/1447).

Al así decidir se apartó de las conclusiones a las que había llegado el Tribunal Fiscal sobre los hechos de la causa y consideró que la

omisión del pago del IVA por parte de los directores recurrentes no les era imputable en razón de “circunstancias relevantes que surgen del expediente de la quiebra de INDUAL SA”, a saber que: “a) el 29/7/93 INDUAL SA se presentó en concurso preventivo, declarándose la quiebra el 22/9/94 [;] b) [e]n el informe del síndico se fija como fecha de cesación de pagos el 3/10/91 ... [y] c) el capital social estaba casi totalmente en manos del Presidente de la SA, Sr. Alvarez Laviana (%99,50)” (fs. 1446 vta.). A ello agregó que según “lo establece el art. 16 de la ley 24.522, la administración del patrimonio del concursado si bien permanece en cabeza del deudor, lo es bajo la vigilancia del síndico. Parte de la doctrina entiende que la admisión del concurso preventivo determina una especie de “desposesión atenuada del deudor” [sic], que conserva la administración pero pierde la disponibilidad de su patrimonio...”. Finalmente, puso de relieve que “el síndico actuante en el concurso preventivo, efectuó el análisis de los libros IVA-ventas e IVA-compras y adjuntó listados de facturas de proveedores de donde surge crédito fiscal a favor de la empresa” (fs. 1447).

4°) Que contra tal sentencia el Fisco Nacional (AFIP-DGI) dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 1451) que fue bien concedido por el *a quo* (fs. 1454), en tanto se dirige contra una sentencia definitiva, en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de este Tribunal. El memorial de agravios obra a fs. 1460/1469 y su contestación a fs. 1473/1490.

5°) Que a juicio de la Corte asiste razón al organismo recaudador, en cuanto sostiene que la cámara se apartó injustificadamente de las circunstancias de hecho probadas en autos y que habían sido adecuadamente valoradas por el Tribunal Fiscal. Ello es así máxime si se tiene en cuenta que el art. 86, inc. b, de la ley 11.683 determina que la cámara debe apartarse de las conclusiones de aquel tribunal sobre los extremos de hecho cuando éstas presentan deficiencias manifiestas (confr. Fallos: 326:2987, considerando 9°), supuesto que dista de presentarse en el caso de autos.

6°) Que, en efecto, como surge de la reseña efectuada, el tribunal administrativo juzgó, con sustento en el art. 33 de la ley 11.683, que el crédito fiscal de la sociedad, invocado por los actores, no podía considerarse probado con la mera exhibición de las registraciones obrantes en los libros contables de la empresa ya que su “valor probatorio..., está

directamente vinculado a los comprobantes que las respalden y la fe que éstos merezcan” (conf. fs. 1270 vta. *in fine*).

7º) Que la alzada se apartó de tal conclusión –sin indicar cuál habría sido el error en el que habría incurrido el Tribunal Fiscal– y sustentó su decisión en meros listados de computación que darían cuenta de facturas emitidas por proveedores de la sociedad y en el examen realizado por el síndico de los libros IVA-ventas e IVA-compras, pasando por alto la clara directiva del art. 33 de la ley 11.683 (t.o. 1998) en cuanto señala que: “[c]on el fin de asegurar la verificación oportuna de la situación impositiva de los contribuyentes y demás responsables, podrá la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS exigir que éstos, y aún los terceros cuando fuere realmente necesario, lleven libros o registros especiales de las negociaciones y operaciones propias y de terceros que se vinculen con la materia imponible, siempre que no se trate de comerciantes matriculados que lleven libros rubricados en forma correcta, que a juicio de la ADMINISTRACION FEDERAL haga fácil su fiscalización y registren todas las operaciones que interese verificar. Todas las registraciones contables deberán estar respaldadas por los comprobantes correspondientes y sólo de la fe que éstos merezcan surgirá el valor probatorio de aquéllas” (el subrayado es del Tribunal). En consecuencia, mal puede considerarse probado el crédito fiscal alegado por los directores –con el que se pretendió neutralizar el débito fiscal liquidado en la determinación de oficio– sin contar con las facturas originales que permitan comprobar la existencia, alcance y veracidad de aquél.

8º) Que al respecto debe agregarse que el Tribunal Fiscal puso de manifiesto que los actores habían desistido de la prueba informativa que habría permitido “requerir a los distintos proveedores que aporten copias certificadas de las distintas facturas de venta realizadas a la empresa... por los distintos períodos involucrados [y con ello] analizar el verdadero valor probatorio de las registraciones relevadas en la pericia” (conf. fs. 1271 –1er párrafo–), en tanto que la cámara ninguna referencia hizo a tal desistimiento.

9º) Que por otra parte, tampoco resultan convincentes los argumentos del *a quo* para excluir la responsabilidad solidaria de los señores Molina y Novillo Astrada. A tal fin resulta irrelevante la mención de que el capital social se encontraba casi totalmente en manos del presidente de la sociedad (Alvarez Laviana) a fin de deslindar la responsabilidad solidaria de los señores Molina y Novillo Astrada. En efecto, ello fue

especialmente considerado por el Tribunal Fiscal y descartado como argumento de defensa, tras un minucioso examen del desempeño de cada uno de ellos en el manejo de la sociedad (conf. considerando VII, fs. 1271/1271 vta.).

10) Que, por lo demás, cabe poner de relieve que el *a quo* no precisó y menos aún acreditó que tales circunstancias hubieran sido erróneamente examinadas por el Tribunal Fiscal o que hubiera mediado arbitrariedad del organismo jurisdiccional en su apreciación.

11) Que también asiste razón al organismo recaudador cuando señala que el estado concursal de la sociedad no desobligó a sus directores como la cámara parece dar a entender (conf. fs. 1465/1465 vta.). Al respecto, cabe recordar que la determinación de oficio practicada a Indual S.A. está referida al impuesto al valor agregado de los períodos fiscales enero de 1993 a agosto de 1994, lapso durante el cual tanto la sociedad como sus directores se encontraban legalmente habilitados para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones fiscales, aún cuando la sociedad se había presentado en concurso preventivo el 29 de julio de 1993, en tanto que la quiebra sólo se decretó el 22 de septiembre del año siguiente.

12) Que, efectivamente, de acuerdo con el art. 15 de la ley 24.522 el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico. Y, en consecuencia, el 22 de septiembre de 1994, las autoridades estatutarias de la sociedad quedaron impedidas a partir de entonces, no antes, para ejercer la disposición y administración que hasta ese momento le correspondían (ley cit., art. 107).

Por ello, se revoca la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios, con costas a la vencida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por el **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado por la **Dra. Diana María Queirolo**, con el patrocinio letrado del **Dr. Horacio Luis Mártire**.

Traslado contestado por **Héctor Ricardo Molina y Ricardo Novillo Astrada**, representados por el **Dr. Donald G. Smith Sánchez**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación.**

PALACIOS, DANIEL FERNANDO y OTRA c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE
Y OTRO (ESTADO NACIONAL) s/ AMPARO

DEFENSOR OFICIAL.

Corresponde hacer lugar al recurso de reposición interpuesto por el Defensor Oficial y revocar el anterior pronunciamiento de la Corte que declaró operada la caducidad de instancia en las actuaciones sin haberse conferido intervención previa a dicho funcionario, si sus requerimientos posteriores a esa decisión a fin de determinar el estado de salud de su representado promiscuo y las actuaciones llevadas a cabo al efecto por la Secretaría son demostración acabada de que la participación previa requerida por el Ministerio Público era estrictamente necesaria y con su intervención oportuna se habría integrado la voluntad de los padres del menor frente a su delicada situación socioeconómica.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que en atención al estado del proceso corresponde que el Tribunal se pronuncie con relación al recurso de reposición interpuesto por el señor Defensor Oficial a fs. 225/227, contra la resolución de fs. 219 que declaró operada la caducidad de instancia en las presentes actuaciones.

2°) Que el artículo 59 del Código Civil establece que “[a] más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad

de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación” (concs. artículos 494 y siguientes del Código Civil y Fallos: 312:1580). A su vez, y concordemente, con la sanción de la ley 24.946 se dispuso entre los deberes y atribuciones de los defensores públicos de menores e incapaces la de intervenir en los términos del citado artículo 59 del Código Civil, en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores e incapaces (Fallos: 331:994).

3º) Que en ese entendimiento, al no haberse conferido intervención previa al Defensor Oficial ante las particularidades que presenta el caso en examen, corresponde revocar por contrario imperio la resolución de fs. 219 que declaró de oficio la caducidad de instancia sin esa participación.

En efecto, los requerimientos posteriores a esa decisión efectuados por dicho funcionario a fin de determinar el estado de salud de su representado promiscuo —con el propósito de establecer el estado de cosas existente como consecuencia de la medida cautelar dispuesta a fs. 44/47—, y las actuaciones llevadas a cabo al efecto por la Secretaría de Juicios Originarios (ver fs. 231, 232, 234/242, 244, 246/261, 262, 265/268, 269, 270/279, 280, 282/290, 291 bis/292, 293 y 295/312), son demostración acabada de que la participación previa requerida por el Ministerio Público era estrictamente necesaria. Los antecedentes reseñados evidencian que si bien aquél no sustituye ni reemplaza a los representantes legales del menor (Fallos: 320:2762), en el *sub lite* —en el que se busca amparo por el derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida, natural de la persona humana y preexistente a toda legislación positiva (Fallos: 323:1339)—, con su intervención oportuna se habría integrado la voluntad de los padres del menor, frente a la delicada situación socioeconómica de la que da cuenta el informe de fs. 306/310.

4º) Que en su mérito, en virtud del estado de las actuaciones, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva, se dispondrá asimismo que se efectúe el requerimiento del informe circunstanciado que prevé el artículo 8º de la ley 16.986, el que deberá referirse tanto a la situación existente al momento de la promoción de la demanda, como a la actual, a cuyo fin se añadirán, a las de la demanda y su documentación, copias del informe de fs. 304/310 y del dictamen de fs. 314.

Por ello, se resuelve: I. Revocar el pronunciamiento de fs. 219. II. Requerir al Estado Nacional y a la Provincia de Buenos Aires el in-

forme circunstanciado que prevé el artículo 8° de la ley 16.986 con los alcances establecidos en el considerando 4°, que deberá ser contestado en el plazo de treinta días (arg. artículo 9°, ley 25.344). A tal fin líbrense sendos oficios al Ministerio de Salud de la Nación, y al señor juez federal de la ciudad de La Plata para su comunicación a los señores gobernador y Fiscal de Estado. Notifíquese por Secretaría a la actora, en su despacho al señor Defensor Oficial ante este Tribunal, y comuníquese al señor Procurador General.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Parte actora: **Maximiliano Daniel Palacios**, representado por sus padres **Daniel Fernando Palacios y María Eva Flores**, y con la representación promiscua del **Defensor Oficial**.

Parte demandada: **Provincia de Buenos Aires**.

Estado Nacional, representado por el Dr. **David Fernando Montecchia**, con el patrocinio de la Dra. **Laura Marcela Paillet**.

SWIFT ARMOUR S.A. ARGENTINA c/ E.N. LEY 25.732 Dto. 732/01
s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

RECURSO ORDINARIO DE APELACION.

No son susceptibles de recurso ordinario de apelación las sentencias dictadas en pleitos en los que se persigue un pronunciamiento meramente declarativo, que se limite a determinar la certeza del régimen jurídico pertinente en la situación de las partes, sin una condena patrimonial específica, tal como ocurre respecto de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1° y 4° de la ley 25.732 por medio de los cuales resultó derogada la exención del impuesto a la ganancia mínima presunta prevista en el art. 1°, inc. a del decreto 732/01.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Swift Armour S.A. Argentina c/ EN - ley 25.732 - dto. 732/01 s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, al confirmar lo decidido en la anterior instancia, rechazó la acción de certeza (art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) promovida con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 4º de la ley 25.732, la actora interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 585/586 vta.) que fue concedido a fs. 608. El memorial de agravios obra a fs. 637/657, y su contestación por el Fisco Nacional a fs. 660/668 vta.

2º) Que según conocida jurisprudencia de esta Corte, para la procedencia del recurso ordinario de apelación en tercera instancia en una causa en que la Nación, directa o indirectamente, revista el carácter de parte, resulta necesario —entre otros requisitos— que el “valor disputado en último término” o sea aquél por el que se pretende la modificación de la condena o “monto del agravio” exceda el mínimo legal a la fecha de su interposición (Fallos: 245:46; 297:393; 323:1904, entre otros).

3º) Que a efectos de satisfacer el mencionado recaudo, la recurrente afirmó que la sustancia económica del juicio está dada por el importe de \$ 2.900.000 que responde al monto de la liquidación practicada a los efectos del pago de la tasa de justicia (conf. fs. 586, 237 y 19).

4º) Que tales argumentos no son idóneos para demostrar la concurrencia del mencionado requisito pues la pretensión de la actora en este pleito no consiste en obtener una sentencia de condena de contenido patrimonial —tal como acertadamente lo señala el Fisco Nacional en el escrito de contestación de agravios con cita del precedente de Fallos: 327:2637 (conf. fs. 660 *in fine*/661)— toda vez que no pidió el reintegro de suma alguna, sino que se limitó a impugnar la validez de los arts. 1º y 4º de la ley 25.732 por medio de los cuales resultó derogada la exención del impuesto a la ganancia mínima presunta prevista en el art. 1º, inc. a del decreto 732/01 (conf. escrito de inicio —fs. 1 vta. y 16 vta.—, escrito de oposición al pago de la tasa de justicia —fs. 212/212 vta.— y memorial de agravios —fs. 643 *in fine*/643 vta.—).

5º) Que al respecto cabe recordar que, como regla, no son susceptibles de recurso ordinario de apelación las sentencias dictadas en pleitos en los que se persigue un pronunciamiento meramente declarativo, que se limite a determinar la certeza del régimen jurídico pertinente

en la situación de las partes, sin una condena patrimonial específica (Fallos: 250:594), tal como ocurre en el caso de autos respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las normas que derogaron la exención referida.

Por ello, se declara mal concedido el recurso ordinario de apelación. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por **Swift Armour S.A. Argentina**, representada en el memorial de agravios por el **Dr. Francisco Durand**, con el patrocinio letrado del **Dr. Ignacio M. de la Riva**.

Contesta el traslado: **el Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado por la **Dra. María Alejandra Repila**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Alcira Souto**.

Tribunal de origen: **Sala IV 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° 7**.

VOLCOFF, MIGUEL JORGE Y OTROS c/ B.C.R.A. – RESOL. 14/04
(EXpte. 65812/98 SUM. FIN. 981)

ENTIDADES FINANCIERAS.

Cabe revocar la sentencia que desestimó los recursos directos interpuestos contra la resolución de la Superintendencia por la que se impuso la sanción de multa al haber hallado responsables de acuerdo a lo previsto en el artículo 41 inciso 3° de la Ley de Entidades Financieras –N° 21.526–, a los actores a raíz de su desempeño, pues la recta interpretación de dicha norma conduce a sostener que sólo aquello previsto como infracción puede ser pasible de una respuesta sancionatoria y no aquello “presupuesto” como falta establecida por la norma, razón por la cual, el alcance que el *a quo* le dio a la potestad referida “al convalidar el que fue adoptado por la Superintendencia”, entraña una abierta extralimitación a las facultades de que goza la entidad oficial, toda vez que la condena que prescinde de la adecuada subsunción de la conducta en la infracción prevista en la norma complementaria –comunicación del Banco Central de la República Argentina– ha sido vedada por el legislador, quien requiere la configuración de “infracciones” expresamente

previstas en la ley de entidades financieras, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

La discusión acerca de la posibilidad de que en el derecho administrativo pueda pensarse una conducta inculpable –responsabilidad objetiva– o sancionarse un comportamiento si sólo se ha acreditado un daño potencial al bien jurídico, presupone la existencia misma de la prohibición legal, cuestiones que conformarían un debate posterior, pues no debe confundirse el respeto al principio de legalidad con la posibilidad de que en el derecho administrativo la ley previa tenga un contenido menos restrictivo que en el derecho penal –allí entraría en debate el principio de reserva– o que pueda pensarse a quien no pueda serle reprochable la conducta –estaría así en juego el principio de culpabilidad–, mas concebir que en el ámbito del derecho administrativo no resulte necesario que la conducta punible deba estar siquiera prevista como infracción, constituye una interpretación inadmisibles.

ENTIDADES FINANCIERAS.

Cabe confirmar la sentencia que desestimó los recursos directos interpuestos contra la resolución de la Superintendencia por la que se impuso la sanción de multa al haber hallado responsables de acuerdo a lo previsto en el artículo 41 inciso 3° de la Ley de Entidades Financieras –N° 21.526–, a los actores a raíz de su desempeño, pues la operatoria llevada a cabo por los recurrentes, en tanto implicó un aumento de capital sin la debida contribución efectiva de fondos, se traduce en una afectación de la confianza pública que deben merecer las operaciones financieras y que el Banco Central de la República Argentina tiene el deber de preservar (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay).

ENTIDADES FINANCIERAS.

La exigencia contenida en la comunicación “A” 1858 del B.C.R.A., punto 4, subpunto 3.4, referente a que los aportes de capital se realicen exclusivamente en efectivo, debe ser interpretada “cuando se trata de un supuesto de aumento de capital”, en el sentido de que dichos aportes deben constituir una efectiva capitalización, es decir, un incremento real del capital social, por lo que atribuir a la norma en examen el sentido de que sólo exige que los aportes se realicen “con monedas o billetes” –siguiendo una interpretación estrictamente literal de la expresión “en efectivo”–, constituye una interpretación inaceptable, pues lleva a la absurda conclusión de que las entidades financieras podrían disponer un aumento de capital que en realidad no sería tal, en la medida en que podría ser efectivizado mediante simples movimientos contables, y se trataría de un aumento de capital ficticio o sólo aparente, dado que no se registraría un ingreso efectivo y real de dinero (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 670/675, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala III) resolvió desestimar, con costas, los recursos directos interpuestos contra la resolución 14/04 de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina por la que se impuso la sanción de multa –en los términos del art. 41 inc. 3 de la ley 21.526– al ex Banco Israelita de Córdoba S.A., a los señores Juan Machtey, Jorge A. Finkelstein, Luis Handelsman, Pascual Felsztyna, Marcos J. Litvinoff, León Gavillón, Sergio I. Falicoff (hoy fallecido y decidida la extinción de la pena a su respecto), Gustavo F. Rubin, Luis R. Klinger, Miguel J. Volcuff, Saúl Rozenbaum y a la señora Miriam R. Karpuj, por el ingreso no genuino de fondos para ser aplicados a la suscripción e integración de acciones preferidas clase B, mediando asistencia crediticia a directivos y empleados en condiciones más favorables que al resto de la clientela, más la insuficiencia en la integración de capitales mínimos en colisión con la normativa prevista por la ley de entidades financieras (arts. 28, inc. d y 32) y sus reglamentaciones (en el caso, comunicación “A” 1858, circular LISOL-1-47, punto 4, subpunto 3.4; comunicación “A” 2740; circular LISOL-1-194, sección 7, punto 7.3; comunicación “A” 1124, circular OPRAC-1-186, punto 5.3).

Para así decidir, en primer lugar, sostuvo que la revisión judicial del ejercicio del poder de policía bancario y financiero no procede respecto de su oportunidad o acierto sino sólo en relación con su control de legalidad y razonabilidad ante razones de palmaria y manifiesta arbitrariedad.

Agregó que la actividad financiera, en tanto servicio público propio del Estado Nacional, es ejercido por medio del Banco Central de la República Argentina, entidad que “...ostenta la facultad no sólo de reglamentar esta materia sino también ejercer la vigilancia de la aplicación de las normas que la regulan, sancionando las transgresiones que se produzcan”.

Afirmó que el art. 41 de la ley 21.526 no conmina con penas determinadas conductas sino que éstas quedan configuradas por las accio-

nes u omisiones contrarias a la ley o a sus reglamentos. Las sanciones que el Banco Central puede aplicar, expresó el *a quo*, en función del legítimo ejercicio de la potestad reglamentaria, no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal –por lo que no se aplican sus reglas generales y no se requiere dolo– sino que tienen carácter disciplinario y se fundan en la mera culpa por acción u omisión, de modo que la constatación de la falta genera la responsabilidad del infractor salvo que se invoque y se demuestre una causal de exculpación válida. Tampoco requieren, a su criterio, la existencia de un daño concreto derivado del comportamiento irregular, dado que el interés público se ve afectado aun por el perjuicio potencial que aquél pudiere ocasionar.

Por otra parte, en punto a la invocada violación del derecho de defensa por deficiencias en el trámite administrativo, entendió que no se configuraba porque no sólo los cargos analizados en la resolución atacada versan sobre los mismos hechos que incluyó la instrucción inicial sino que los supuestos vicios se subsanaron al acceder a la instancia judicial con la apelación directa que prevé el art. 42 de la ley de entidades financieras.

Finalmente, respecto de la nulidad invocada, indicó que los apelantes no habían determinado las alegaciones y defensas que se habrían visto imposibilitados de efectuar ni habían logrado desvirtuar con la suficiencia necesaria los cargos promovidos por la entidad reguladora.

Señaló también que la cuantía de la sanción y su graduación pertenecen, en principio, al ámbito de las facultades privativas del Banco Central, sólo revisables en los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y que, en el caso, aquéllas no revisten tal carácter ni son desproporcionadas teniendo en cuenta la relevancia de la operatoria así como que tampoco constituyen un ejercicio irrazonable del ejercicio de la potestad sancionatoria.

Por lo demás, concluyó que quien ejerció la gerencia general no puede ampararse en su calidad de interino para exculparse de sus obligaciones, así como que los integrantes de la comisión fiscalizadora son responsables también de garantizar una correcta gestión –y no sólo de salvaguardar el patrimonio de la entidad que verifican– debiendo informar al organismo de control cualquier irregularidad que observen.

– II –

Disconformes, los actores interponen los recursos extraordinarios de fs. 682/724 –el señor Volcoff– y de fs. 725/762, los restantes. Dichos recursos fueron concedidos en cuanto “...cuestionan la inteligencia de una norma federal (art. 41 de la ley 21.526), y sostienen que la interpretación y alcance asignado a la misma vulnera los derechos y principios consagrados por los arts. 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional...” (fs. 776). En cambio, fueron denegados en relación a la tacha de arbitrariedad atribuida al pronunciamiento.

La denegación parcial no motivó la presentación en queja de los actores.

A) Los agravios del recurrente Miguel Jorge Volcoff, en síntesis, son: a) la potestad sancionatoria del Banco Central derivada del art. 41 de la ley 21.526 no puede vulnerar los derechos consagrados en los arts. 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional; b) el Código Penal y sus principios son aplicables a las sanciones derivadas del ejercicio de las facultades disciplinarias de la entidad reguladora; c) en su consecuencia, en el caso, no hubo infracción porque la falta que se adjudica no estaba tipificada en la ley por lo que se vulneran los principios de reserva legal, legalidad y tipicidad; d) la técnica legislativa del propio art. 41 es deficiente en tanto ni siquiera realiza una descripción genérica de las causas que son pasibles de sanción; e) la delegación que el Congreso Nacional efectuó con el art. 41 en el Banco Central, es inconstitucional; f) la ley de entidades financieras autoriza al Banco Central a crear penas vulnerando el principio de *nulla poena sine lege*; g) los pactos internacionales con jerarquía constitucional también consagran los principios de tipicidad y legalidad; h) frente al vacío legislativo, no pudo el ente de control acudir a la analogía en perjuicio del administrado; e i) la multa aplicada es confiscatoria, arbitraria por exceso en la punición e infundada en ley.

Por lo demás, denuncia que el acto sancionatorio no respeta los arts. 1º, 7 y 14 de la ley 19.549. Asimismo aduce la arbitrariedad de la sentencia por: a) insuficiencia en el fundamento legal; b) falta de base lógica; c) omisión en la valoración de la prueba; d) errónea percepción de las constancias de la causa; e) desnaturalizar la razón de la apelación al sostener la alta especialización del órgano sancionador renunciando a ejercer el control jurisdiccional de la sanción; y f) ser

contradictoria en razón de haber dispuesto la cautelar por encontrar comprobados sus requisitos y a la postre decidir la inexistencia de los vicios invocados.

B) Los agravios sostenidos por los señores Juan Machtey, Jorge A. Finkelstein, Luis Handelsman, Pascual Felsztyna, Marcos J. Litvinoff, León Gavillón, Gustavo F. Rubin, Luis R. Klinger, Saul Rozenbaum y la señora Miriam R. Karpuj, se resumen en que: a) se violan los derechos de propiedad, igualdad ante la ley, de defensa en juicio y de debido proceso, habida cuenta de que al provenir la sanción del mismo ente administrativo que sustanció el procedimiento no se aseguró la imparcialidad de un juicio objetivo; b) se omitió tratar el planteo de nulidad del acto administrativo por presentar la resolución sancionatoria graves vicios en su causa, motivación y finalidad; c) la interpretación de la ley de entidades financieras es errónea ya que, como la conducta sancionada no estaba prohibida, se vulneran los principios de legalidad, reserva legal y tipicidad; d) el pronunciamiento tiene graves defectos de fundamentación porque no fueron tenidas en cuenta las circunstancias que rodearon el caso ni la prueba aportada; e) las cifras de las multas aplicadas son confiscatorias, no se dan las pautas de la cuantía para evaluar su razonabilidad y su determinación y graduación son arbitrarias; f) la alzada afirma revisar sólo la posible arbitrariedad de la decisión de la entidad administrativa por no corresponder otro análisis dada la especialidad de la competencia de aquélla lo que conlleva a un control judicial insuficiente; y g) las sanciones que aplica el Banco Central participan de la naturaleza represiva del derecho penal por lo que se requiere la tipicidad de la conducta y el factor subjetivo de responsabilidad.

– III –

El recurso extraordinario fue concedido en cuanto se cuestiona el alcance y la interpretación de una norma de naturaleza federal –el art. 41 de la ley 21.526– y rechazado en cuanto se fundó en la arbitrariedad de la decisión apelada, sin que los demandantes se hayan presentado en queja. En consecuencia, la intervención de este Ministerio Público y la jurisdicción de la Corte ha quedado abierta sólo en la medida que la otorgó el tribunal de la instancia anterior (Fallos: 322:1231 y sus citas).

En suma, el tema a resolver se reduce al alcance de la potestad sancionatoria del Banco Central de la República Argentina y su fun-

damento en la amplia delegación del Poder Legislativo Nacional en dicha entidad en la materia.

No advierto razón alguna para apartarme de los precedentes de la Corte que han admitido la validez constitucional de la delegación en el Banco Central de la República Argentina de las funciones de poder de policía bancario en tanto es el ente eje del sistema financiero.

En efecto, reiteradamente V.E. sostuvo que es admisible la delegación en el BCRA del llamado poder de policía bancario o financiero, con las consiguientes atribuciones para aplicar un régimen legal específico, dictar las normas reglamentarias que lo complementen, ejercer funciones de fiscalización de las entidades y aplicar sanciones por transgresiones a aquél (Fallos: 256:241; 303:1776; 307:2153; 310:203).

Por otro lado y respecto de la aducida violación de los derechos de defensa y debido proceso en tanto es el mismo ente que sanciona el que sustancia el procedimiento, el Tribunal expresó que "...según jurisprudencia de esta Corte, es perfectamente compatible con la Ley Fundamental la creación de órganos y procedimientos especiales –de índole administrativa– destinados a hacer más efectiva y expedita la protección de los intereses públicos, lo que no debe entenderse como menoscabo de la garantía del debido proceso entre los particulares cuando –aun sin haber tenido plenitud de audiencia en sede administrativa (Fallos: 205:549)– aparece asegurada la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional que efectúe un control suficiente de lo actuado en aquel ámbito para el debido resguardo de los derechos supuestamente lesionados. Tal posibilidad se encuentra dada por la competencia recursiva de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, prevista en los arts. 42 y 46 de la ley 21.526" (Fallos: 319:3033).

Por lo demás, también afirmó V.E. que las variaciones en las reglamentaciones dictadas por el BCRA representan en cada caso la instrumentación de criterios políticos en materia financiera ligados inexorablemente a la coyuntura económica. Ello así, la conveniencia o no de dichos criterios o de su aplicación es uno de los temas tradicionalmente considerados ajenos a la competencia de los jueces (Fallos: 300:700; 303:1776).

– IV –

Por lo expuesto y ante la propia limitación impuesta por los demandantes, considero que corresponde confirmar la sentencia recurrida

en cuanto fue materia de recurso. Buenos Aires 14 de marzo de 2008.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Volcoff, Miguel Jorge y otros c/ BCRA – resol. 14/04 (Expte. 65812/98 sum fin 981).

Considerando:

1°) Que a fs. 670/675 la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió desestimar, con costas, los recursos directos interpuestos contra la resolución 14/04 de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina –en adelante la Superintendencia– (fs. 353/377), por la que se había impuesto la sanción de multa al haber hallado “responsables de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 inciso 3) de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526”, a los señores Juan Machtey, Jorge A. Finkelstein, Luis Handelsman, Pascual Felsztyna, Marcos J. Litvinoff, León Gavillón, Sergio I. Falicoff (hoy fallecido y declarada la extinción de pena a su respecto), Gustavo F. Rubin, Luis R. Klinger, Miguel J. Volcoff, Saúl Rozenbaum y a la señora Miriam R. Karpuj, a raíz de su actuación en el ex Banco Israelita de Córdoba S.A.

2°) Que para así decidir el *a quo* sostuvo, en primer lugar, que la revisión judicial de las sanciones impuestas a una entidad financiera por infracción a la ley 21.526 resulta improcedente “en el marco de la prudente apreciación que el juez está obligado a seguir cuando revisa actos dictados por un órgano estatal altamente especializado en la complejidad técnica de la competencia que se le ha asignado y de cuyo pronunciamiento sólo cabría apartarse ante razones de palmaria y manifiesta arbitrariedad”.

Agregó que la actividad financiera, en tanto servicio público propio del Estado Nacional, es ejercida por medio del Banco Central de la República Argentina, entidad que “...ostenta la facultad no sólo de

reglamentar esta materia sino también de ejercer la vigilancia de la aplicación de las normas que la regulan, sancionando las transgresiones que se produzcan”.

Afirmó –reiterando lo ya manifestado por la Superintendencia– que el art. 41 de la ley 21.526 “no conmina con penas determinadas conductas, sino que éstas quedan configuradas por las acciones u omisiones contrarias a la ley o a su reglamento”. Las sanciones que el Banco Central puede aplicar, expresó el *a quo*, en función del legítimo ejercicio de la potestad reglamentaria, no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal –por lo que no se aplican sus reglas generales y no se requiere dolo– sino que tienen carácter disciplinario y se fundan en la mera culpa por acción u omisión, de modo que la constatación de la falta genera la responsabilidad del infractor, salvo que se invoque y se demuestre una causal de exculpación válida. Tampoco requieren, a su criterio, la existencia de un daño concreto derivado del comportamiento irregular, toda vez que el interés público se ve afectado aun por el perjuicio potencial que aquél pudiera ocasionar.

Por otra parte, en punto a la invocada violación del derecho de defensa por deficiencias en el trámite administrativo, entendió que no se configuraba porque no sólo los cargos examinados en la resolución atacada versan sobre los mismos hechos que incluyó la instrucción inicial, sino también porque los supuestos vicios se subsanaron al acceder a la instancia judicial con la apelación directa que prevé el art. 42 de la ley de entidades financieras.

Finalmente, respecto de la nulidad invocada, indicó que los apelantes no habían determinado las alegaciones y defensas que se habrían visto imposibilitados de efectuar ni habían logrado desvirtuar con la suficiencia necesaria los cargos promovidos por la entidad reguladora.

Señaló también que la determinación de la cuantía de la sanción pertenece, en principio, al ámbito de las facultades privativas del Banco Central, sólo revisables en los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y que, en el caso, aquéllas no revisten tal carácter ni son desproporcionadas teniendo en cuenta la relevancia de la operatoria así como que tampoco constituyen un ejercicio irrazonable del ejercicio de la potestad sancionatoria.

Por lo demás, concluyó que quien ejerció la gerencia general no puede ampararse en su calidad de interino para exculparse de sus

obligaciones, así como que los integrantes de la comisión fiscalizadora son responsables también de garantizar una correcta gestión –y no sólo de salvaguardar el patrimonio de la entidad que verifican– debiendo informar al organismo de control cualquier irregularidad que observen.

3º) Que contra dicha decisión el señor Volcoff y los restantes directivos del ex Banco Israelita de Córdoba S.A. interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 682/724 y 725/762, respectivamente), que fueron concedidos en cuanto cuestionan el alcance y la interpretación de una norma de naturaleza federal –el art. 41 de la ley 21.526– y rechazados en relación a la tacha de arbitrariedad atribuida al pronunciamiento, sin que los demandantes se hayan presentado en queja.

Los agravios del recurrente Miguel Jorge Volcoff, en síntesis, son los siguientes: a) la potestad sancionatoria del Banco Central derivada del art. 41 de la ley 21.526 no puede vulnerar los derechos consagrados en los arts. 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional; b) el Código Penal y sus principios son aplicables a las sanciones derivadas del ejercicio de las facultades disciplinarias de la entidad reguladora; c) en consecuencia, en el caso, no hubo infracción porque la falta que se adjudica no estaba tipificada en la ley por lo que se vulneran los principios de reserva legal, legalidad y tipicidad; d) la técnica legislativa del propio art. 41 es deficiente en tanto ni siquiera realiza una descripción genérica de las causas que son pasibles de sanción; e) la delegación que el Congreso Nacional efectuó con el art. 41 en el Banco Central es inconstitucional; f) la ley de entidades financieras autoriza al Banco Central a crear penas vulnerando el principio de *nulla poena sine lege*; g) los pactos internacionales con jerarquía constitucional también consagran los principios de tipicidad y legalidad; h) frente al vacío legislativo, no pudo el ente de control acudir a la analogía en perjuicio del administrado; e i) la multa aplicada es confiscatoria, arbitraria por exceso en la punición e infundada en ley.

Por lo demás, denuncia que el acto sancionatorio no respeta los arts. 1º, 7º y 14 de la ley 19.549. Asimismo aduce la arbitrariedad de la sentencia por: a) insuficiencia en el fundamento legal; b) falta de base lógica; c) omisión en la valoración de la prueba; d) errónea percepción de las constancias de la causa; e) desnaturalización del recurso de apelación al sostener la alta especialización del órgano sancionador renunciando a ejercer el control jurisdiccional de la sanción; y f) contra-

dicción por haber dispuesto la cautelar al encontrar comprobados sus requisitos y a la postre decidir la inexistencia de los vicios invocados.

Por su parte, los agravios sostenidos por los señores Juan Machtey, Jorge A. Finkelstein, Luis Handelsman, Pascual Felsztyna, Marcos J. Litvinoff, León Gavillón, Gustavo F. Rubin, Luis R. Klinger, Saúl Rozenbaum y la señora Miriam R. Karpuj, se resumen en que: a) se violaron los derechos de propiedad, igualdad ante la ley, de defensa en juicio y de debido proceso, habida cuenta de que al provenir la sanción del mismo ente administrativo que sustanció el procedimiento no se aseguró la imparcialidad de un juicio objetivo; b) se omitió tratar el planteo de nulidad del acto administrativo por presentar la resolución sancionatoria graves vicios en su causa, motivación y finalidad; c) se interpretó erróneamente la ley de entidades financieras ya que, como la conducta sancionada no estaba prohibida, se vulneraron los principios de legalidad, reserva legal y tipicidad; d) el pronunciamiento tiene graves defectos de fundamentación porque no fueron tenidas en cuenta las circunstancias que rodearon el caso ni la prueba aportada; e) las cifras de las multas aplicadas son confiscatorias, no se dan las pautas de la cuantía para evaluar su razonabilidad y su determinación y graduación son arbitrarias; f) la alzada afirma revisar sólo la posible arbitrariedad de la decisión de la entidad administrativa por no corresponder otro análisis dada la especialidad de la competencia de aquélla lo que conlleva a un control judicial insuficiente; y g) las sanciones que aplica el Banco Central participan de la naturaleza represiva del derecho penal por lo que se requiere la tipicidad de la conducta y el factor subjetivo de responsabilidad.

Más allá de la totalidad de los agravios planteados, corresponde indicar que la jurisdicción de la Corte ha quedado abierta sólo en la medida en la que la otorgó el tribunal de la instancia anterior (Fallos: 322:1231 y sus citas).

4º) Que los recursos federales resultan formalmente admisibles toda vez que controvierten la significación de normas de carácter federal –ley 21.526 y comunicaciones del Banco Central de la República Argentina que la complementan– y el pronunciamiento definitivo del superior tribunal de la causa ha sido contrario a las pretensiones que los apelantes fundan en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48). Cabe recordar que cuando se halla en discusión el alcance que cabe asignar a una norma federal, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes ni los del tribunal *a quo*, sino que le incumbe realizar

una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647; 320:2630, entre muchos otros). Ello, por cuanto el recurso responde al propósito de evitar el peligro de que se confiera a las leyes especiales del Congreso una interpretación que las deje sin efecto o desvirtúe su alcance (Fallos: 119:422).

5°) Que el art. 41 de la ley 21.526 establece en su primer párrafo que “(q)uedarán sujetas a sanción por el Banco Central de la República Argentina las infracciones a la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades”. A su vez, la comunicación “A” 1858 punto 4 subpunto 3.4 del BCRA prevé que “(a) los fines de todas las reglamentaciones vinculadas con el capital, su integración y aumento, inclusive los referidos a planes de encaramiento o saneamiento, los aportes deben ser efectuados exclusivamente en efectivo y/o con títulos valores públicos nacionales, en australes o en moneda extranjera”. Esta última norma aparece como la única examinada por la Superintendencia, sin perjuicio de aquéllas que motivaron la apertura del sumario (v. fs. 363).

6°) Que en primer lugar, corresponde aclarar que no es propósito de este Tribunal debatir aquí la potestad sancionatoria del Banco Central de la República Argentina en sí misma –cuya validez constitucional ha admitido el Tribunal en innumerables precedentes (Fallos: 256:241; 310:203, entre muchos otros)–; antes bien lo que está en juego es la interpretación acerca de la extensión con la que dicho organismo la ha ejercido.

En efecto, un aspecto es el de la competencia por delegación que tiene la nombrada entidad para aplicar sanciones merced a la función de policía social que tiene asignada –poder de policía bancario–, como así también para dictar normas reglamentarias, y otra cuestión muy distinta es que el ejercicio de esa competencia comprenda la posibilidad de sancionar en supuestos no previstos como infracción. Ya en “Banco de Río Negro y Neuquén S.A.” (Fallos: 303:1776) esta Corte delineó claramente las dos perspectivas involucradas: la facultad del BCRA para instruir sumarios y aplicar sanciones, por un lado, y la posibilidad –en aquel caso– de que dicha facultad se ejerza con base en una previsión legal federal calificada por el recurrente como sumamente vaga e imprecisa. En dicho precedente se concluyó que la norma no tenía esas características, pero nunca se admitió que una infracción no prevista como tal pudiera dar lugar a la potestad mencionada.

7°) Que circunscripta de ese modo, es claro que la recta interpretación del art. 41 de la ley 21.526 conduce a sostener que sólo aquello previsto como infracción puede ser pasible de una respuesta sancionatoria y no aquello “presupuesto” como falta establecida por la norma. Por tal razón, el alcance que el *a quo* le dio a la potestad referida –al convalidar el que fue adoptado por la Superintendencia–, entraña una abierta extralimitación a las facultades de que goza la entidad oficial. Ello es así, toda vez que la condena que prescinde de la adecuada subsunción de la conducta en la infracción prevista en la norma complementaria –comunicación del Banco Central de la República Argentina– ha sido vedada por el legislador, quien requiere la configuración de “infracciones” expresamente previstas en la ley de entidades financieras, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central.

En efecto, cuando la disposición legal establece tal expresión, lo hace en el claro sentido de aventar toda posibilidad de condenar a una persona por algo que no constituye una falta. La potestad que tiene el Banco Central de la República Argentina sólo puede tener como antecedente una transgresión al régimen legal. La expresa alusión del legislador a una infracción a la ley de entidades financieras, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central, sustenta por sí misma, de manera concluyente, la necesidad de que la conducta esté prevista como falta. Ese es el sentido que corresponde asignar a la norma, por cuanto la ley debe interpretarse computando que los términos empleados no son superfluos, sino que han sido utilizados con algún propósito (Fallos: 200:165 y 299:167); corresponde concluir –entonces– que el empleo del término “infracción” no hace más que ratificar, precisamente, la exigencia ínsita de que la conducta se encuentre descripta como tal.

8°) Que, sentado lo anterior, la interpretación que realiza la Superintendencia del art. 41 –y que el *a quo* mantiene por no considerar arbitraria– no puede ser admitida, toda vez que de ese modo –y tal como se explicará *ut infra*– aun una conducta no tipificada como infracción podría dar lugar a la imposición de una sanción por el Banco Central de la República Argentina.

Ello es así, en tanto a fs. 363 sostiene que más allá de que la comunicación “A” 1858 punto 4 subpunto 3.4 sólo establece que los aportes deben ser efectuados exclusivamente en efectivo, debe “presuponerse” que los aportes deben tener determinado origen (circunstancia no prevista por la norma y que a la postre determinó nada menos que la

condena de multa). Es que la norma escogida por la Superintendencia –y no cuestionada por el *a quo*– como aquella en la que debía fundarse la sanción impuesta alude a un supuesto de hecho distinto al examinado: que los aportes **no se hayan hecho en efectivo**; nada prevé, en cambio, respecto de aportes realizados en efectivo siendo los aportantes tomadores, a su vez, de préstamos de la entidad. En efecto, tal como dio cuenta la Gerencia Principal de Estudios y Dictámenes Jurídicos del Banco Central de la República Argentina en el año 2001, en los casos de un aumento de capital social no existe una exigencia normativa en cuanto a la procedencia de los fondos. El requisito impuesto por la norma es que el aporte lo sea en efectivo, extremo que se había dado por configurado (v. fs. 380).

Sabido es que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma como éste la concibió (Fallos: 308:1745, entre muchos otros). A esto debe agregarse que las leyes deben interpretarse con máxima prudencia, en especial cuando –como en el caso– el ejercicio de la función judicial puede conducir a la pérdida de algún derecho.

9º) Que, a mayor abundamiento, corresponde destacar que dicha interpretación no sólo surge de los términos de la ley, sino también de la interpretación armónica de sus diferentes disposiciones y el resto del ordenamiento jurídico, en especial, del art. 18 de la Constitución Nacional (en lo que se refiere al principio de legalidad y uno de sus corolarios: la exigencia de *lex stricta*, es decir la imposibilidad de aplicar la ley analógicamente *in malam partem*). Por ello, el recto sentido que cabe atribuir al art. 41 no permite entenderlo como desvinculado del principio de legalidad.

En efecto, sin perjuicio de los amplios y discrecionales poderes de la autoridad monetaria en orden a sus facultades sancionatorias, es claro que a la luz de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, aquéllos siempre están condicionados al respeto del principio de legalidad. Por tal razón, si bien el “derecho administrativo penal” puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en relación a determinados aspectos como por ejemplo en lo que hace a la estructura misma de los tipos de infracción –que admite la remisión a normas de menor jerarquía–, así como un modo distinto de graduar las sanciones y ciertas particularidades procesales que serían inadmisibles en un enjuiciamiento penal, jamás puede apartarse del respeto a la garantía constitucional de la ley previa. Dicho de otro modo: una cosa es considerar que la previsión no estrictamente penal

puede ser más laxa en cuanto a la configuración del aspecto subjetivo de la conducta (dolo o culpa) o en lo relativo a la intensidad de afectación del bien jurídico (daño potencial o real en palabras del *a quo*) y otra muy distinta es considerar que la sanción de multa por una infracción no debe condicionarse a que ésta se encuentre prevista como tal en una norma anterior al hecho. Ello es así por cuanto, más allá de esas características propias, no es dudoso el carácter represivo de la norma. Por consiguiente, el carácter de infracción —y no de delito— no obsta a la aplicación de las **garantías constitucionales básicas** que se fundan en la necesidad de que exista una ley para que una persona pueda incurrir en la comisión de una falta pasible de sanción (conf. arg. Fallos: 304:849; énfasis agregado).

En suma: la discusión acerca de la posibilidad de que en el derecho administrativo pueda pensarse una conducta inculpable —responsabilidad objetiva— o sancionarse un comportamiento si sólo se ha acreditado un daño potencial al bien jurídico, presupone la existencia misma de la prohibición legal. Estas cuestiones, en todo caso, conformarían un debate posterior, pues no debe confundirse el respeto al principio de legalidad con la posibilidad de que en el derecho administrativo la ley previa tenga un contenido menos restrictivo que en el derecho penal (allí entraría en debate el principio de reserva) o que pueda pensarse a quien no pueda serle reprochable la conducta (estaría así en juego el principio de culpabilidad). Mas, concebir que en el ámbito del derecho administrativo no resulte necesario que la conducta punible deba estar siquiera prevista como infracción, constituye una interpretación inadmisibles.

10) Que, por último, el sentido de la decisión alcanzada torna inoficioso el tratamiento de los restantes agravios de los recurrentes.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declaran procedentes los recursos extraordinarios interpuestos y se revoca el pronunciamiento apelado en lo que fue materia de recurso. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Notifíquese y devuélvase.

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

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LOS SEÑORES
MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI
Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que a fs. 670/675 la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió desestimar, con costas, los recursos directos interpuestos contra la resolución 14/04 de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina –en adelante la Superintendencia– (fs. 353/377), por la que se había impuesto la sanción de multa al haber hallado “responsables de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 inciso 3) de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526”, a los señores Juan Machtay, Jorge A. Finkelstein, Luis Handelsman, Pascual Felsztyna, Marcos J. Litvinoff, León Gavillón, Sergio I. Falicoff (hoy fallecido y declarada la extinción de pena a su respecto), Gustavo F. Rubin, Luis R. Klinger, Miguel J. Volcoff, Saúl Rozenbaum y a la señora Miriam R. Karpuj, a raíz de su actuación en el ex Banco Israelita de Córdoba S.A.

2º) Que para así decidir el *a quo* sostuvo, en primer lugar, que la revisión judicial de las sanciones impuestas a una entidad financiera por infracción a la ley 21.526 resulta improcedente “en el marco de la prudente apreciación que el juez está obligado a seguir cuando revisa actos dictados por un órgano estatal altamente especializado en la complejidad técnica de la competencia que se le ha asignado y de cuyo pronunciamiento sólo cabría apartarse ante razones de palmaria y manifiesta arbitrariedad”.

Agregó que la actividad financiera, en tanto servicio público propio del Estado Nacional, es ejercida por medio del Banco Central de la República Argentina, entidad que “...ostenta la facultad no sólo de reglamentar esta materia sino también de ejercer la vigilancia de la aplicación de las normas que la regulan, sancionando las transgresiones que se produzcan”.

Afirmó –reiterando lo ya manifestado por la Superintendencia– que el art. 41 de la ley 21.526 “no conmina con penas determinadas

conductas, sino que éstas quedan configuradas por las acciones u omisiones contrarias a la ley o a su reglamento”. Las sanciones que el Banco Central puede aplicar, expresó el *a quo*, en función del legítimo ejercicio de la potestad reglamentaria, no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal –por lo que no se aplican sus reglas generales y no se requiere dolo– sino que tienen carácter disciplinario y se fundan en la mera culpa por acción u omisión, de modo que la constatación de la falta genera la responsabilidad del infractor, salvo que se invoque y se demuestre una causal de exculpación válida. Tampoco requieren, a su criterio, la existencia de un daño concreto derivado del comportamiento irregular, toda vez que el interés público se ve afectado aun por el perjuicio potencial que aquél pudiera ocasionar.

Por otra parte, en punto a la invocada violación del derecho de defensa por deficiencias en el trámite administrativo, entendió que no se configuraba porque no sólo los cargos examinados en la resolución atacada versan sobre los mismos hechos que incluyó la instrucción inicial, sino también porque los supuestos vicios se subsanaron al acceder a la instancia judicial con la apelación directa que prevé el art. 42 de la ley de entidades financieras.

Finalmente, respecto de la nulidad invocada, indicó que los apelantes no habían determinado las alegaciones y defensas que se habrían visto imposibilitados de efectuar ni habían logrado desvirtuar con la suficiencia necesaria los cargos promovidos por la entidad reguladora.

Señaló también que la determinación de la cuantía de la sanción pertenece, en principio, al ámbito de las facultades privativas del Banco Central, sólo revisables en los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y que, en el caso, aquéllas no revisten tal carácter ni son desproporcionadas teniendo en cuenta la relevancia de la operatoria así como que tampoco constituyen un ejercicio irrazonable del ejercicio de la potestad sancionatoria.

Por lo demás, concluyó que quien ejerció la gerencia general no puede ampararse en su calidad de interino para exculparse de sus obligaciones, así como que los integrantes de la comisión fiscalizadora son responsables también de garantizar una correcta gestión –y no sólo de salvaguardar el patrimonio de la entidad que verifican– debiendo informar al organismo de control cualquier irregularidad que observen.

3º) Que contra dicha decisión el señor Volcoff y los restantes directivos del ex Banco Israelita de Córdoba S.A. interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 682/724 y 725/762, respectivamente), que fueron concedidos en cuanto cuestionan el alcance y la interpretación de una norma de naturaleza federal —el art. 41 de la ley 21.526— y rechazados en relación a la tacha de arbitrariedad atribuida al pronunciamiento, sin que los demandantes se hayan presentado en queja.

Los agravios del recurrente Miguel Jorge Volcoff, en síntesis, son los siguientes: a) la potestad sancionatoria del Banco Central derivada del art. 41 de la ley 21.526 no puede vulnerar los derechos consagrados en los arts. 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional; b) el Código Penal y sus principios son aplicables a las sanciones derivadas del ejercicio de las facultades disciplinarias de la entidad reguladora; c) en consecuencia, en el caso, no hubo infracción porque la falta que se adjudica no estaba tipificada en la ley por lo que se vulneran los principios de reserva legal, legalidad y tipicidad; d) la técnica legislativa del propio art. 41 es deficiente en tanto ni siquiera realiza una descripción genérica de las causas que son pasibles de sanción; e) la delegación que el Congreso Nacional efectuó con el art. 41 en el Banco Central es inconstitucional; f) la ley de entidades financieras autoriza al Banco Central a crear penas vulnerando el principio de *nulla poena sine lege*; g) los pactos internacionales con jerarquía constitucional también consagran los principios de tipicidad y legalidad; h) frente al vacío legislativo, no pudo el ente de control acudir a la analogía en perjuicio del administrado; e i) la multa aplicada es confiscatoria, arbitraria por exceso en la punición e infundada en ley.

Por lo demás, denuncia que el acto sancionatorio no respeta los arts. 1º, 7º y 14 de la ley 19.549. Asimismo aduce la arbitrariedad de la sentencia por: a) insuficiencia en el fundamento legal; b) falta de base lógica; c) omisión en la valoración de la prueba; d) errónea percepción de las constancias de la causa; e) desnaturalización del recurso de apelación al sostener la alta especialización del órgano sancionador renunciando a ejercer el control jurisdiccional de la sanción; y f) contradicción por haber dispuesto la cautelar al encontrar comprobados sus requisitos y a la postre decidir la inexistencia de los vicios invocados.

Por su parte, los agravios sostenidos por los señores Juan Machtey, Jorge A. Finkelstein, Luis Handelsman, Pascual Felsztyna, Marcos J. Litvinoff, León Gavillón, Gustavo F. Rubin, Luis R. Klinger, Saúl

Rozenbaum y la señora Miriam R. Karpuj, se resumen en que: a) se violaron los derechos de propiedad, igualdad ante la ley, de defensa en juicio y de debido proceso, habida cuenta de que al provenir la sanción del mismo ente administrativo que sustanció el procedimiento no se aseguró la imparcialidad de un juicio objetivo; b) se omitió tratar el planteo de nulidad del acto administrativo por presentar la resolución sancionatoria graves vicios en su causa, motivación y finalidad; c) se interpretó erróneamente la ley de entidades financieras ya que, como la conducta sancionada no estaba prohibida, se vulneraron los principios de legalidad, reserva legal y tipicidad; d) el pronunciamiento tiene graves defectos de fundamentación porque no fueron tenidas en cuenta las circunstancias que rodearon el caso ni la prueba aportada; e) las cifras de las multas aplicadas son confiscatorias, no se dan las pautas de la cuantía para evaluar su razonabilidad y su determinación y graduación son arbitrarias; f) la alzada afirma revisar sólo la posible arbitrariedad de la decisión de la entidad administrativa por no corresponder otro análisis dada la especialidad de la competencia de aquélla lo que conlleva a un control judicial insuficiente; y g) las sanciones que aplica el Banco Central participan de la naturaleza represiva del derecho penal por lo que se requiere la tipicidad de la conducta y el factor subjetivo de responsabilidad.

Más allá de la totalidad de los agravios planteados, corresponde indicar que la jurisdicción de la Corte ha quedado abierta sólo en la medida en la que la otorgó el tribunal de la instancia anterior (Fallos: 322:1231 y sus citas).

4º) Que los recursos federales resultan formalmente admisibles toda vez que controvierten la significación de normas de carácter federal –ley 21.526 y comunicaciones del Banco Central de la República Argentina que la complementan– y el pronunciamiento definitivo del superior tribunal de la causa ha sido contrario a las pretensiones que los apelantes fundan en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48). Cabe recordar que cuando se halla en discusión el alcance que cabe asignar a una norma federal, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes ni los del tribunal *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647; 320:2630, entre muchos otros). Ello, por cuanto el recurso responde al propósito de evitar el peligro de que se confiera a las leyes especiales del Congreso una interpretación que las deje sin efecto o desvirtúe su alcance (Fallos: 119:422).

5°) Que el art. 41 de la ley 21.526 establece en su primer párrafo que “(q)uedarán sujetas a sanción por el Banco Central de la República Argentina las infracciones a la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades”. A su vez, la comunicación “A” 1858 punto 4 subpunto 3.4 del BCRA prevé que “(a) los fines de todas las reglamentaciones vinculadas con el capital, su integración y aumento, inclusive los referidos a planes de encaramiento o saneamiento, los aportes deben ser efectuados exclusivamente en efectivo y/o con títulos valores públicos nacionales, en australes o en moneda extranjera”. Esta última norma aparece como la única examinada por la Superintendencia, sin perjuicio de aquéllas que motivaron la apertura del sumario (v. fs. 363).

6°) Que en primer lugar, corresponde aclarar que no es propósito de este Tribunal debatir aquí la potestad sancionatoria del Banco Central de la República Argentina en sí misma –cuya validez constitucional ha admitido la Corte en innumerables precedentes (Fallos: 256:241; 310:203, entre muchos otros)–; antes bien, lo que está en juego es la interpretación acerca de la extensión con la que dicho organismo la ha ejercido.

Por consiguiente, la cuestión a resolver consiste en precisar el alcance que corresponde asignar a la comunicación “A” 1858 del Banco Central de la República Argentina, punto 4, subpunto 3.4, en cuanto dispone –en lo que aquí interesa– que a los fines de todas las reglamentaciones vinculadas con el capital, su integración y aumento, inclusive las referidas a planes de encaramiento o saneamiento, los aportes “deben ser efectuados exclusivamente en efectivo”, y más concretamente, determinar si tal requisito debe entenderse cumplido cuando, como ocurrió en el caso, el aumento de capital fue suscripto mediante asistencia crediticia del propio banco.

7°) Que como principio corresponde recordar que esta Corte ha sostenido que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, sin que en esa tarea exista óbice alguno para que el juez pueda apartarse de las palabras de la ley, cuando su interpretación sistemática así lo requiera (Fallos: 283:239; 301:489 y muchos otros). Numerosos y cotidianos son los supuestos en que ello se hace necesario para aplicar la norma con auténtico sentido de justicia y recto juicio prudencial en los casos concretos, toda vez que éstos son particulares y contingentes y por

su indeterminación y multiplicidad no son siempre susceptibles de ser abarcados en su totalidad cuantitativa ni en su tipicidad cualitativa por la previsión del legislador. La misión judicial –ha dicho este Tribunal– cuando la expresión literal presenta imperfecciones técnicas, dudas o ambigüedades jurídicas, o admite razonables distinciones, consiste en recurrir a la *ratio legis*, porque no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél, máxime cuando aquella *ratio* se vincula con principios constitucionales que siempre han de prevalecer en la interpretación de las leyes (Fallos: 322:1699).

Asimismo, esta Corte ha afirmado reiteradamente que en la tarea de interpretar la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y los fines que aquélla persigue y que, con ese objeto, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos, que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma (Fallos: 327:1507; 331:1215, entre muchos otros).

8º) Que cabe precisar, en atención al específico ámbito en que se inscribe la norma en cuestión, que el Tribunal tiene dicho también desde antiguo que la proscripción de la aplicación analógica o extensiva de la ley –como ocurre en el campo penal y en el tributario– no excluye la hermenéutica que cumpla el propósito legal, con arreglo a los principios de una razonable y discreta interpretación (Fallos: 254:362; 256:277 y 326:2987).

9º) Que, por otra parte, no debe perderse de vista que las potestades sancionatorias del Banco Central de la República Argentina no están dirigidas a individuos cualesquiera sino a cierta clase de personas jurídicas que desarrollan una actividad específica (intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros) que afecta en forma directa e inmediata todo el espectro de la política monetaria y crediticia en el que se hallan involucrados vastos intereses económicos y sociales, en razón de los cuales se ha instituido este sistema de contralor permanente, que comprende desde la autorización para operar hasta la cancelación de la misma (Fallos: 303:1776; 307:2153 y 314:1834).

En efecto, del texto de la misma ley 21.526 se desprende que el legislador ha querido dotar al Banco Central de la República Argentina de una amplia gama de facultades relativas al ejercicio del poder

de policía sobre todas las personas o entidades privadas o públicas –oficiales o mixtas– de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros. Entre esas facultades merecen destacarse la potestad de conceder la autorización administrativa para funcionar (arts. 7° y siguientes de la ley), la de dictar regulaciones relativas a la actividad, en especial lo concerniente a la fijación de relaciones técnicas (arts. 30 a 33), las de control (arts. 36 a 38), las de requerir planes de regularización y saneamiento (arts. 34 y 35), la de aplicar sanciones por infracciones a la ley (arts. 41 y 42) y la de disponer la liquidación judicial (arts. 48, 49 y siguientes). Ahora bien, la conducta llevada a cabo por quienes están habilitados para la intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros relacionados con el giro de la empresa autorizada y controlada por el Banco Central tiene incidencia en la confianza que deben merecer entre el público en general las operaciones del mercado financiero, y para asegurar la aptitud, solvencia y competitividad de las entidades que operan en éste, se ha investido al Banco Central de las facultades ya enunciadas (conf. doctrina de Fallos: 307:2153).

10) Que con arreglo a la pautas hermenéuticas mencionadas y de acuerdo con las consideraciones precedentes, cabe concluir que la exigencia contenida en la norma, referente a que los aportes de capital se realicen exclusivamente en efectivo, debe ser interpretada –cuando se trata, como en el caso, de un supuesto de aumento de capital–, en el sentido de que dichos aportes deben constituir una efectiva capitalización, es decir, un incremento real del capital social.

Atribuir a la norma en examen el sentido de que sólo exige que los aportes se realicen “con monedas o billetes” –siguiendo una interpretación estrictamente literal de la expresión “en efectivo”, según la definición de la Real Academia–, constituye una interpretación inaceptable, pues lleva a la absurda conclusión de que las entidades financieras podrían disponer un aumento de capital que en realidad no sería tal, en la medida en que podría ser efectivizado mediante simples movimientos contables. En otras palabras, se trataría de un aumento de capital ficticio o sólo aparente, dado que no se registraría un ingreso efectivo y real de dinero.

Por ello, circunscribir la configuración de la infracción al único supuesto de que los aportes no sean realizados en dinero importaría

conferir a la norma una rigidez conceptual excesiva, incompatible con sus propios términos (conf. doctrina de Fallos: 331:1765).

El requisito en cuestión no puede considerarse cumplido mediante una mera imputación contable, pues es evidente que el dinero que ingresó para integrar el aumento de capital salió de la misma entidad; y si bien de los registros de la entidad surge un incremento de su capital social, éste en realidad no existió, en virtud de que su integración se realizó con fondos provenientes de préstamos que el propio banco otorgó a los suscriptores del nuevo capital, no registrándose, por lo tanto, ningún ingreso efectivo de fondos.

11) Que lo aseverado lleva a coincidir con el criterio interpretativo expuesto en la resolución 14/04 de la Superintendencia en cuanto a que la norma en cuestión presupone un aporte real y efectivo de fondos que en el caso no ha sido cumplido, a lo que cabe agregar que la operatoria llevada a cabo por los recurrentes, en tanto implicó un aumento de capital sin la debida contribución efectiva de fondos, se traduce en una afectación de la confianza pública que deben merecer las operaciones financieras y que el Banco Central de la República Argentina tiene el deber de preservar.

12) Que, en consecuencia, toda vez que la conducta atribuida a los actores se halla en contravención a las disposiciones de la comunicación “A” 1858 del BCRA antes citada, resultan inadmisibles los agravios de aquéllos relativos a que en el caso se han vulnerado los principios de legalidad, de tipicidad y, la prohibición de aplicar la ley de naturaleza penal en forma analógica.

Por otra parte, según lo señaló la señora Procuradora Fiscal en el apartado III, párrafo quinto, de su dictamen –al que cabe remitir por razones de brevedad– no puede prosperar la aducida violación del derecho de defensa y del debido proceso, ni el planteo atinente a la confiscatoriedad de las multas aplicadas, en tanto los apelantes se han limitado a señalar la excesiva cuantía de aquéllas.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declaran formalmente procedentes los recursos extraordinarios, con el alcance con el que fueron concedidos por el *a quo*, y se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia de tales recursos. Costas por su orden en atención a las particularidades de la causa (art. 68,

segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recursos extraordinarios interpuestos por **Miguel Jorge Volcoff**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Salvador Darío Bergel** y **Marcos Edgardo Azerrad**; por **Claudio L. Fernández**, en representación de **Juan Machtey**, **Jorge Alberto Finkelstein**, **Luis Handelsman**, **Pascual Felsztyna**, **Marcos Jaime Litvinoff**, **León Gavillón**, **Gustavo Fidel Rubin**, **Luis Roberto Klingler**, **Miriam Raquel Karpuj** y **Saúl Rozenbaum**.

Traslado contestado por el **Banco Central de la República Argentina**, representado por el Dr. **Pablo Javier Palacio**.

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

BOSSI Y GARCIA S.A. (TF 5932-A) c/ D.G.A.

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE.

El procedimiento recursivo originado en la denuncia por la comisión de infracciones en dos despachos aduaneros que se ha prolongado durante más de veintitrés años excede todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso penal por lo que, si se ordenara un reenvío a los efectos de la tramitación de un incidente de prescripción de la acción en la instancia pertinente ello no haría más que continuar dilatando el estado de indefinición en que se ha mantenido al actor, en violación de su derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (art. 18 de la Constitución Nacional y 8º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), por lo que corresponde que sea la Corte la que ponga fin a la causa declarando la extinción de la acción penal por prescripción, lo cual torna abstractos los agravios del Fisco Nacional.

—La jueza Carmen M. Argibay, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 C.P.C.C.N.)—.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la excepción de prescripción de la acción penal aduanera si el criterio del precedente “Wonderland S.R.L.” (Fallos: 332:1109) —que estableció que de la letra del art. 937, inc. a, del Código Aduanero surge claramente que la interrupción de la prescripción se produce por la

sola circunstancia del “dictado” del auto respectivo— resulta plenamente aplicable respecto de los alcances que cabe atribuir al art. 68, inc. b, de la ley 11.683 (t.o. 1978), vigente al momento de los hechos, puesto que éste, al establecer que el curso de la prescripción de la acción penal se suspende “desde la fecha de la resolución condenatoria”, no requiere —al igual que el art. 937, inc. a, del código mencionado— que el acto respectivo sea notificado al sumariado para que tenga virtualidad suspensiva (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

A fs. 460/463 vta., la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó parcialmente la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación —la que, a su vez, había confirmado la resolución 529/86 del Departamento Contencioso Capital de la Administración Nacional de Aduanas— en cuanto había rechazado la excepción de prescripción opuesta por la acción penal fiscal, llevada adelante por la presunta comisión de una infracción prevista en el inc. 1, ap. a), del art. 954 del Código Aduanero, confirmándola en lo relativo a los cargos formulados por tributos.

Para así decidir, estimó que los despachos de importación involucrados datan de 1981, por lo cual lo relativo a su prescripción no se rige por las normas del Código Aduanero, sino por las de la ley de aduana (t.o. en 1962) y de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones a esa fecha), en virtud de lo dispuesto por el art. 8° del decreto 6.692/63.

Por ello, el plazo de prescripción quinquenal comenzó a correr el 1° de enero de 1982, y si bien la resolución que aplicó la multa fue dictada antes de su acaecimiento, el 27 de noviembre de 1986, fue notificada el 1° de abril de 1987, una vez transcurrido íntegramente el lapso. Por aplicación del art. 11 de la ley 19.549, fue recién a partir de la notificación que el acto adquirió eficacia, mas la acción del Fisco para establecer una multa estaba ya prescripta.

Con respecto a los aspectos tributarios de fondo, estimó que la ponderación realizada por la instancia anterior resultaba correcta y con

suficientes fundamentos fácticos y normativos, por lo que correspondía mantener la corrección realizada por el Fisco en cuanto al precio declarado por la actora en las operaciones de importación involucradas.

– II –

Disconforme con lo resuelto por el *a quo*, el Fisco Nacional (DGA) interpuso el recurso extraordinario que obra a fs. 468/477 vta.

Arguyó, sintéticamente, que en autos existe una cuestión federal involucrada, pues se controvierte la inteligencia de normas de tal naturaleza, las que prevén la forma en que prescribe la multa aplicada en autos y las causales de suspensión del término para su establecimiento y percepción.

Por otra parte, afirmó que no cabe realizar una aplicación supletoria del art. 11 de la ley de procedimientos administrativos, ya que no hay vacío legal alguno que cubrir en las normas pertinentes de la ley 11.683.

Además, tildó de arbitraria la decisión de la Cámara, al considerar que no es una decisión derivada del derecho vigente porque agrega un requisito no previsto legalmente, con lesión del bien común de la sociedad.

– III –

En mi criterio, el recurso federal es formalmente admisible, en tanto se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal (ley de aduanas; art. 68, inc. b, de la ley 11.683, t.o. en 1978; y art. 11 de la ley 19.549) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha resultado contraria al derecho que la apelante fundó en ella (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Por otra parte, si bien el recurso extraordinario ha sido rechazado parcialmente, en lo atinente a las tachas de arbitrariedad, ello no obsta a su tratamiento puesto que tales impugnaciones guardan estrecha conexidad con las atinentes a la interpretación de la cuestión federal (arg. Fallos: 321:2764; 323:1625, entre otros).

– IV –

Con relación al fondo del asunto, estimo que no se halla en discusión que al supuesto de autos le son aplicables las disposiciones de la ley de aduanas (t.o. en 1962) y las normas de la ley de procedimientos tributarios (t.o. en 1978 y sus modificaciones vigentes a la fecha de realización de los hechos que se pretende sancionar) relativas a las causales de suspensión de la prescripción, en virtud de lo dispuesto por el art. 8° del decreto-ley 6.692/63. Tampoco se controvierte que el plazo para la prescripción de la acción para imponer penas por infracciones aduaneras es el quinquenal, establecido en el art. 122 de la ley de aduanas, y que idéntico plazo rige para llevar adelante la acción de cobro, conforme al art. 123 siguiente.

Según surge de las constancias de la causa –que no han sido puestas en tela de juicio por las partes–, las infracciones fueron comprobadas en febrero y marzo de 1981, y el curso del plazo quinquenal de prescripción para aplicar las multas correspondientes, del citado art. 122 de la ley de aduanas, comenzó a correr a partir del 1° de enero de 1982.

El acto de imposición de estas sanciones (la citada resolución 529/86) fue dictado el 27 de noviembre de 1986, y notificado el 1° de abril de 1987.

A mi modo de ver, la circunstancia de que el acto haya sido notificado en la fecha mentada no obsta a su validez, sino que en todo caso lo será con relación a sus efectos propios (arg. Fallos: 291:591, “Antonio Apolinar López”, doctrina reiterada en Fallos: 298:172; 306:1670; 307:321, 349 y 1936; 308:848; 324:4289, entre otros). De allí que, aplicada dicha jurisprudencia al supuesto del *sub lite*, entiendo que el acto administrativo sólo puede producir sus efectos propios a partir de la notificación al interesado y que la falta de notificación dentro del plazo de prescripción para que la sanción sea aplicada no causa la anulación del acto en tanto no hace a su validez sino a su eficacia.

Estimo entonces, a la luz de tal criterio, que la sanción fue válidamente impuesta por el Fisco dentro del plazo previsto para ello, sin que se haya alegado –ni mucho menos demostrado– la certeza de la fecha en que emanó la resolución impugnada (confr. arg. Fallos: 291:591, cons. 3°, *in fine*).

Por ende, ha de concluirse en que resulta errada la sentencia del *a quo* en cuanto sostuvo que la acción del Fisco para aplicar la multa se encontraba prescripta al momento de la notificación.

Ahora bien, puestas las cosas en su recto quicio, advierto que resta determinar lo atinente al transcurso del siguiente plazo quinquenal de que goza el Fisco para exigir el pago de la multa de que se trata, en virtud del art. 123 de la ley de aduanas, extremo cuya dilucidación corresponde al tribunal de origen.

– V –

Por lo expuesto, opino que cabe declarar formalmente procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia de fs. 460/463 vta., y devolver las actuaciones al *a quo* a fin de que, por quien corresponda, dicte sentencia de acuerdo con las pautas del presente dictamen. Buenos Aires, 29 de agosto de 2008. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Bossi y García S.A. (TF 5932-A) c/ DGA”.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en lo que al caso interesa, revocó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación que había rechazado la excepción de prescripción de la acción penal aduanera. Contra dicho pronunciamiento, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 468/477 vta., que fue contestado a fs. 480/480 vta.

2º) Que los agravios contenidos en el remedio federal intentado habilitan la intervención del Tribunal en los términos del artículo 14, inc. 3º, de la ley 48. Ahora bien, teniendo en cuenta el planteo formulado por la defensa a fs. 490, corresponde que respecto de la sanción punitiva –multa aplicada en los términos del artículo 954 del Código

Aduanero—, esta Corte se expida, de manera previa, sobre la afectación de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, máxime cuando —con arreglo a reiterada doctrina—, la prescripción es de orden público, opera por el mero transcurso del tiempo y debe ser declarada aun de oficio por el Tribunal a fin de evitar la continuación de un juicio innecesario.

3°) Que en diversas oportunidades el Tribunal ha señalado que el instituto de la prescripción de la acción tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas (Fallos: 322:360, esp. disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano, y 323:982), y que dicha excepción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho en cuestión.

4°) Que, según las constancias de la causa, frente a la denuncia por la comisión de infracciones en dos despachos aduaneros tramitados en febrero y marzo de 1981, el “Departamento Contencioso Capital de la Administración Nacional de Aduanas” dictó el “Fallo ANCC N° 529/86”, del 27 de noviembre de 1986, que impuso la multa aquí involucrada (conf fs. 1/2 y 34/36 del expte. adm. “EAAA/N° 600306/1986). La apelación del 20 de abril de 1987 contra esa decisión (conf. fs. 9/18), dio lugar a los pronunciamientos del Tribunal Fiscal de la Nación del 24 de noviembre de 1987 (conf. fs. 41/43 y vta.) y del 15 de diciembre de 2000 (conf. fs. 406/410). Apelados —a su vez— estos últimos, la alzada dictó la sentencia del 30 de abril de 2007, referida al inicio del presente, contra la cual se dedujo recurso extraordinario.

5°) Que, en el caso, un procedimiento recursivo que se ha prolongado durante más de veintitrés años excede todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso penal. En tales condiciones, si en la especie se ordenara un reenvío a los efectos de la tramitación de un incidente de prescripción de la acción en la instancia pertinente de acuerdo con el ya mencionado planteo de la imputada, ello no haría más que continuar dilatando el estado de indefinición en que se ha mantenido a esa parte, en violación de su derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (artículos 18, Constitución Nacional, y 8°, inc. 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Fallos: 329:445; 330:1369; 332:1492 y sus citas). Por lo tanto, y de conformidad con el criterio que se deriva de tales precedentes, corresponde que sea esta Corte la que ponga fin a la presente causa —en cuanto aquí se trata— declarando la extinción de la acción penal por prescripción, lo cual torna abstractos los agravios del Fisco Nacional.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y extinguida la acción penal en la presente causa. Las costas se imponen en el orden causado en atención al modo en que se decide (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que los antecedentes de la causa se encuentran adecuadamente reseñados en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitirse, en tal aspecto, por motivos de brevedad.

2º) Que si bien en principio lo referente a la prescripción de la acción penal o de la pena es materia ajena a la jurisdicción extraordinaria, por versar esencialmente sobre temas de hecho y derecho procesal y común (Fallos: 298:21; 300:712; 305:373, entre muchos otros), cabe hacer excepción a ese principio cuando —como ocurre en el *sub lite*— los agravios del apelante ponen de manifiesto que el *a quo* se ha apartado de lo establecido por la norma de carácter federal aplicable al caso y en la que el recurrente sustenta su derecho.

3º) Que esta Corte ha tenido oportunidad de señalar en la causa “Wonderland SRL c/ Aduana Rosario” (Fallos: 332:1109), en la que se discutía sobre la interpretación del art. 937, inc. a, del Código Aduanero —según el cual la prescripción de la acción para imponer penas por infracciones aduaneras se interrumpe por “el dictado del auto por el cual se ordenare la apertura del sumario”—, que de la letra de esa norma surge claramente que la interrupción de la prescripción se produce por la sola circunstancia del “dictado” del auto respectivo. También

afirmo la Corte en tal precedente que la eficacia del acto que dispone la apertura del sumario a los fines de interrumpir la prescripción está dada por la directa aplicación de la norma que así lo establece (art. 937 del código de la materia), por lo que descartó que a tales fines debiera acudirse a otros ordenamientos normativos.

4º) Que el criterio fijado en la causa “Wonderland SRL” resulta planamente aplicable en el *sub examine* respecto de los alcances que cabe atribuir al art. 68, inciso b, de la ley 11.683 (t.o. 1978), vigente al momento de los hechos, puesto que éste, al establecer que el curso de la prescripción de la acción penal se suspende “desde la fecha de la resolución condenatoria”, no requiere –al igual que el artículo 937. Inc. a, del Código Aduanero– que el acto respectivo sea notificado al sumariado para que tenga virtualidad –en este caso– suspensiva.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada en cuanto ha sido motivo de agravios. Con costas. Notifíquese y remítanse las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, es inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se lo desestima. Notifíquese y devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **la Dirección General de Aduanas**, representada por la Dra. **Yanela Marine Márquez**.

Traslado contestado por **Bossi y García S.A.**, representada por el Dr. **Aristides Horacio M. Corti**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.

BREITFELD, DIEGO ARIEL Y OTRO c/ SALVATIERRA, MARTA DEL VALLE
s/ EJECUCIÓN HIPOTECARIA

REFINANCIACION HIPOTECARIA.

A pesar de haber quedado firmes las resoluciones mencionadas que decidían respecto de las normas sobre pesificación y refinanciación hipotecaria, la sanción de la ley 26.167 ha venido a otorgar una nueva posibilidad para que aquellos deudores de bajos ingresos que tuviesen elegido el mutuo por el agente fiduciario y hubiesen invocado las prescripciones de dicha ley, sin desmedro de los derechos adquiridos por el acreedor, puedan conservar su vivienda única y familiar (conf. causa “Baschi”, Fallos: 331:926).

REFINANCIACION HIPOTECARIA.

El Tribunal ha admitido que las personas que han incurrido en mora con anterioridad al plazo establecido por el art. 3º de la ley 25.798, puedan utilizar los fondos otorgados por el Banco de la Nación Argentina para efectuar el pago de la deuda, pues dicha entidad declaró elegible el mutuo hipotecario y se ha firmado el correspondiente contrato, y el examen del cumplimiento de los requisitos para el ingreso al sistema que efectúa el agente fiduciario resulta extraño al conocimiento del Tribunal (conf. causa: “Alcoba, Lía Mónica y otro c/ Bertonazzi, Alfredo Ernesto y otro s/ ejecución hipotecaria”, Fallos: 332:1152).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Breitfeld, Diego Ariel y otro c/ Salvatierra, Marta del Valle

y sus acumulados causas: B.527.XLV 'Breitfeld, Diego Ariel y otro c/ Salvatierra, Marta del Valle s/ art. 250 CPCC-Civil' y B.619.XLVI 'Breitfeld, Diego Ariel y otros c/ Salvatierra, Marta del Valle s/ ejecución hipotecaria"', para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que de las presentes actuaciones surge que en el caso se desestimó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 25.561 y del decreto 214/2002 y se condenó a la deudora a pagar a los acreedores –conforme con el principio del esfuerzo compartido– la suma que resulte de transformar a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 50% de la brecha que exista entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio (conf. fs. 266/273).

2º) Que, asimismo, se decidió que la demandada no se encontraba alcanzada por los beneficios de la ley 25.798, en razón de que la mora se había producido fuera del plazo establecido por el art. 3º de la referida ley (conf. fs. 308). Las referidas decisiones quedaron firmes. Poco después la ejecutada pidió que se aplicaran a su respecto las previsiones del régimen de refinanciación hipotecaria establecido por las leyes 25.798 (t.o. ley 25.908) y decreto reglamentario, en razón de que el Banco de la Nación Argentina –en su carácter de agente fiduciario– había declarado elegible el mutuo.

3º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión de primera instancia que había desestimado esa petición con sustento en que las cuestiones vinculadas con la admisibilidad y aplicación del régimen de refinanciación hipotecaria, era un tema que había sido decidido y quedado firme para las partes, además de que el hecho de que el Banco de la Nación Argentina hubiese declarado elegible el mutuo no modificaba la situación que había quedado alcanzada por el principio de preclusión procesal (conf. fs. 426). Contra esa resolución la demandada interpuso recurso extraordinario a fs. 442/457, cuyo rechazo dio origen a la causa: B.1602.XLII, "Breitfeld, Diego Ariel y otro c/ Salvatierra, Marta del Valle".

4º) Que después de diversas alternativas procesales, la ejecutada solicitó la aplicación de la ley 26.167 (conf. fs. 556/557). Previa sustanciación con la contraria dicha petición fue desestimada porque la mora

se había producido en el mes de marzo de 2000, y no se cumplía con el recaudo establecido por el art. 1º, inc. e, de la referida ley (conf. fs. 52 del expediente 80.557/07 “Breitfeld, Diego Ariel y otro c/ Salvatierra, Marta s/ incidente art. 250 del Código Procesal Civil y Comercial”). Esa decisión fue objeto de un nuevo recurso extraordinario (fs. 58/73 del referido incidente) que, denegado, originó la causa: B.527.XLV “Breitfeld, Diego Ariel y otro c/ Salvatierra, Marta del Valle s/ art. 250 CPCC-Civil”.

5º) Que, finalmente, la demandada –que invocó haber suscripto el contrato de refinanciación hipotecaria con el agente fiduciario– requirió que se aplicara el sistema de pago previsto en el art. 7º de la ley 26.167, conforme con lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26.497 (conf. fs. 771). Esta solicitud que fue sustanciada con los acreedores fue rechazada porque en resoluciones anteriores se había decidido que el mutuo de autos no se encontraba alcanzado por el régimen de refinanciación hipotecaria establecido por la ley 25.798 (conf. dictamen de fs. 825 y remisión efectuada a fs. 826). La ejecutada dedujo otro remedio federal (fs. 832/849), que, desestimado, dio lugar a la causa: B.619.XLVI “Breitfeld, Diego Ariel y otros c/ Salvatierra, Marta del Valle s/ ejecución hipotecaria”.

6º) Que los recursos extraordinarios que desestimados motivaron los referidos recursos de queja, cuya acumulación se dispone en este acto, son formalmente admisibles porque en autos se ha objetado la validez e inteligencia de normas federales y las sentencias definitivas dictadas por el superior tribunal de la causa han sido contrarias al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). También se han invocado causales de arbitrariedad que son inescindibles de los temas federales en discusión y deben ser examinadas conjuntamente (Fallos: 323:1625, entre muchos otros).

7º) Que si bien es cierto que en la presente causa se encuentran firmes tanto la decisión que ordenó pesificar la deuda según el principio del esfuerzo compartido, como la que declaró la inaplicabilidad de las normas sobre refinanciación hipotecaria, también lo es que con posterioridad se han dictado nuevas disposiciones –cuyas consecuencias deben ser ponderadas por el Tribunal– para tutelar a los deudores de menores recursos y que el Banco de la Nación ha declarado elegible el mutuo en litigio y se ha firmado el correspondiente contrato, encontrándose los obligados abonando las cuotas al agente fiduciario (conf. fs. 521; copia certificada obrante a fs. 105/114 de la queja y fs. 768/770).

8°) Que frente a las circunstancias apuntadas, es del caso recordar que en el precedente “Grillo” (Fallos: 330:2902), esta Corte decidió que aun cuando exista cosa juzgada respecto de la aplicación de la doctrina del esfuerzo compartido, el deudor podía acogerse y pagar el crédito según el régimen de refinanciación hipotecaria de conformidad con lo dispuesto por el art. 7° de la ley 26.167, siempre y cuando asumiera, dentro del plazo de 30 días, abonar la diferencia entre el crédito reconocido por sentencia y el resultante de fijarlo según las disposiciones de la referida ley.

9°) Que en autos se plantean cuestiones que pueden ser resueltas en función de criterios análogos a los allí sustentados, pues a pesar de haber quedado firmes las resoluciones mencionadas que decidían respecto de las normas sobre pesificación y refinanciación hipotecaria, la sanción de la ley 26.167 ha venido a otorgar una nueva posibilidad para que aquellos deudores de bajos ingresos que tuviesen elegido el mutuo por el agente fiduciario y hubiesen invocado las prescripciones de dicha ley, sin desmedro de los derechos adquiridos por el acreedor, puedan conservar su vivienda única y familiar (conf. causa “Baschi”, Fallos: 331:926).

10) Que la solución adoptada en el referido precedente se ve reafirmada con el dictado de la ley 26.497, en cuanto prevé que los aportes del Fideicomiso para la Refinanciación Hipotecaria podrán extenderse, a solicitud del deudor, hasta cubrir el monto total que surja de la sentencia que hubiese quedado firme y pasada en autoridad de cosa juzgada (conf. arts. 1°, 2° y 3° de la mencionada norma). El régimen de pago allí establecido no sólo resulta complementario del sistema de refinanciación hipotecaria previsto originariamente, sino que otorgó una mayor protección a los deudores hipotecarios de vivienda única y respetó en su integridad el crédito reconocido judicialmente a los acreedores.

11) Que, por lo demás, cabe señalar que la Corte ha admitido que las personas que han incurrido en mora con anterioridad al plazo establecido por el art. 3° de la ley 25.798, puedan utilizar los fondos otorgados por el Banco de la Nación Argentina para efectuar el pago de la deuda, pues dicha entidad declaró elegible el mutuo hipotecario y se ha firmado el correspondiente contrato, y el examen del cumplimiento de los requisitos para el ingreso al sistema que efectúa el agente fiduciario resulta extraño al conocimiento del Tribunal (conf.

causa: “Alcoba, Lía Mónica y otro c/ Bertonazzi, Alfredo Ernesto y otro s/ ejecución hipotecaria” (Fallos: 332:1152).

Por ello, y resultando inoficioso que dictamine el señor Procurador General, se declaran procedentes las quejas, formalmente admisibles los recursos extraordinarios deducidos por la ejecutada y se revocan las decisiones apeladas en cuanto declararon inaplicables al caso las leyes 25.798, 26.167 y 26.497. En consecuencia, al haber manifestado la deudora su intención de cancelar la deuda conforme con las disposiciones de las citadas leyes, corresponde continuar con el procedimiento allí establecido. Sin perjuicio de ello, la alzada deberá resolver el recurso que se encuentra pendiente de decisión y fijar los intereses adeudados (conf. fs. 141). Las costas generadas con motivo de los referidos planteos se imponen en el orden causado atento a la forma en que se decide y a la naturaleza de las cuestiones propuestas. Reintégrese el depósito. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recursos de hecho interpuestos por **Marta del Valle Salvatierra**, con el patrocinio letrado de la Dra. **Natalia del Pilar Varela**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 103**.

CATANIA, AMERICO MARCIAL
c/ B.C.R.A. – (BASE DATOS) Y OTROS S/ HABEAS DATA

HABEAS DATA.

Cabe revocar la sentencia que rechazó la acción de hábeas data deducida contra el Banco Central de la República Argentina y a la entidad bancaria que le comunicó la información adversa relativa a su condición de deudor incobrable, con el objeto de que éste último brinde adecuada información acerca de los datos que envía a aquella entidad en relación con la Central de Deudores del Sistema Financiero y que se elimine la información de morosidad, fundando el pedido en el artículo 43 de la Constitución Nacional y artículo 26, inciso 4°, de la ley 25.326, pues la ley

ha consagrado el derecho del afectado a exigir que –transcurrido cierto tiempo– los datos significativos para evaluar su solvencia económica-financiera no sean mantenidos en las bases de datos ni difundidos, con el objeto de que el individuo no quede sujeto indefinidamente a una indagación sobre su pasado.

HABEAS DATA.

Resulta incorrecta la interpretación de la cámara en el sentido de negar la aplicación del art. 26, punto 4, de la ley 25.326 a la acción de hábeas data iniciada por el actor a fin de que se elimine la información sobre su carácter de deudor incobrable sobre la base de considerar que las deudas eran aun exigibles por no haberse cumplido con el pago respectivo y no haber transcurrido el plazo de prescripción que pudiera liberarlo de su carácter de deudor, ya que no resulta del texto de la ley –ni puede inferirse de su génesis– que el plazo de cinco años deba quedar pospuesto mientras la deuda sea exigible, habiendo sido la intención del legislador consagrar un plazo más breve (de 5 años) que el originariamente propuesto (de 10 años) y que había respondido al propósito de hacerlo coincidir con el plazo de prescripción.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia de la Sala 2, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, a fs. 357/361, decidió por mayoría desestimar la apelación y confirmar el pronunciamiento recurrido, el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 365/376, que fue concedido a fs. 402.

En autos, el accionante demandó al Banco Central de la República Argentina y al Citibank N.A. con el objeto de que este último brinde adecuada información acerca de los datos que envía al BCRA en relación con la Central de Deudores del Sistema Financiero. Al contestar la demanda, el Citibank N.A. manifestó que se está informando al actor como deudor irrecuperable, situación 5, en virtud de tres deudas: dos tarjetas de crédito dadas de baja el 23/09/1997 (Mastercard) y el 06/04/2000 (Visa) y una cuenta corriente bancaria cerrada el 19/08/97 la que fue objeto de un juicio ejecutivo con sentencia firme el 16/11/1998 (v. fs. 73/80).

A fs. 117/124, el actor amplió la demanda, solicitando la eliminación de la información de morosidad, fundando el pedido en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en el artículo 26, inciso 4º, de la ley 25.326.

El Juez de grado rechazó la demanda con fundamento, en lo sustancial, que las deudas no están prescriptas y por lo tanto son exigibles (v. fs. 319/321). La Alzada rechazó la apelación y confirmó la sentencia recurrida con argumentos similares a los del inferior.

– II –

Al estudiar los agravios del escrito recursivo a la luz de los fundamentos de la sentencia impugnada, advierto que las cuestiones materia de recurso, guardan sustancial analogía con las examinadas en la causa: S.C. N.122, L. XLII, caratulada “Nápoli, Carlos Alberto c/ Citibank N.A. s/ hábeas data” dictaminada por esta Procuración el día 1º de febrero de 2007, a cuyos términos y consideraciones cabe remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

A todo evento, corresponde recordar que el artículo 24, inciso 4º, de la ley 25.326, establece, en su primer párrafo, que sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económica financiera de los afectados durante los últimos cinco años, y que el decreto reglamentario 1558/01, aclaró que su cómputo se efectuará a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible.

Vale destacar al respecto, como lo hizo la juez que votó en disidencia, que la propia entidad bancaria reconoció que las tarjetas de crédito fueron dadas de baja el 23/09/97 (Mastercard) y el 06/04/00 (Visa) y que la cuenta corriente fue cerrada el 19/08/97, antecedentes que no fueron controvertidos por los demandados. Surge, asimismo, del juicio ejecutivo agregado por cuerda, que la sentencia que condenó al actor al pago de lo adeudado por dicha cuenta, es de fecha 16/11/98, la que está firme y consentida, lo que indica que en todas las operaciones mencionadas se ha operado el plazo de caducidad de la ley citada y su decreto reglamentario. También indicó la juez mencionada que, de las constancias de autos se desprende que el recurrente adjuntó un informe de Veraz del que surge que la información desfavorable vinculada con sus operaciones con el Citibank data de 1995 y que el Banco Central

acompañó datos históricos del actor como deudor del Citibank con información adversa que excede el plazo legal, que tiene su origen en los datos y calificación de sus clientes y que están archivados en sus registros que luego difunde en su calidad de banco de datos públicos (confr. Fs. 98/105; el subrayado me pertenece).

Debo señalar, por otra parte, que el recurrente expuso que los plazos han transcurrido en el presente caso, donde el banco, en su carácter de cedente de datos, contiene información registrada desde 1997 sin ninguna actualización sobre la supuesta actual morosidad del accionante. Este dato, no fue negado por la contraparte, a lo que cabe añadir que el apelante, en apoyo de sus argumentos, citó a continuación lo sostenido por la Fiscal General Dra. Alejandra Gils Carbó en la causa 79363.03 “Gabot, Claudio c/ Citibank N.A. y otros s/ amparo”, en orden a que “...*la falta de diligencia del acreedor en renovar su informe antes de que se cumpla el plazo quinquenal de caducidad opera a favor del titular de los datos, ya que en ese caso el registro de deuda debe ser suprimido aunque todavía sea exigible...*” (v. fs. 374), consideración que también fue transcrita entre los fundamentos del dictamen al que he remitido al comienzo del presente ítem.

Por todo lo expuesto, opino que debe admitirse el recurso extraordinario interpuesto, y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 15 de mayo de 2007. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Catania, Américo Marcial c/BCRA – (Base Datos) y otros s/ hábeas data”.

Considerando:

1º) Que el actor inició una acción de hábeas data contra el Banco Central de la República Argentina con el objeto de acceder a los datos que sobre su persona obran en la base de datos de dicha entidad (“Central de Deudores del Sistema Financiero”) y contra el Citibank N.A.,

pues son las entidades financieras las que califican a sus clientes según el grado de cumplimiento de sus obligaciones y/o sus posibilidades de hacerlo, y remiten dicha información al Banco Central de la República Argentina. Adujo que mediante un informe emitido por la Organización Veraz, el 15 de marzo de 2004, tomó conocimiento de que el Citibank N.A. comunicó al Banco Central información adversa relativa a su condición de deudor de aquella entidad financiera.

Reservó su derecho a ampliar la demanda en los términos del artículo 42 de la ley 25.326, y al así hacerlo, solicitó "...la cancelación y/o supresión de la información obrante en la Base de Deudores del Sistema Financiero del BCRA, en particular la información que muestra a mi mandante como deudor incobrable (calificación 5) del demandado" (ver fs. 117 a 124). Sustentó su petición en lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 25.326, en el artículo 16 del decreto 1558/01, y especialmente, en el artículo 26, punto 4 de la ley citada, que "...consagra el llamado "derecho al olvido" que no es otra cosa que el derecho que tiene toda persona a que sean eliminados de los bancos de datos las informaciones que si bien fueron ciertas, han caducado por el transcurso del tiempo" (fs. 121).

Expresó que, aunque reconoce como hechos ciertos la existencia del saldo deudor de la cuenta corriente que poseía en el banco demandado; que incurrió en mora el 19 de agosto de 1997, y que en el juicio ejecutivo iniciado para el cobro de tal deuda, el Citibank N.A. obtuvo sentencia favorable el 16 de noviembre de 1998 –deuda que aún no ha sido satisfecha–, el almacenamiento de esta información resulta prohibido por la ley, pues la información está caduca. En su criterio, tratándose de una deuda que data del año 1997, respecto de la que se ha obtenido una sentencia favorable al acreedor en el año 1998, la información relativa a la morosidad debió ser eliminada de la base de datos en el año 2003, al transcurrir el plazo de 5 años contemplado en el artículo 26, punto 4, de la ley 25.326 (fs. 120/120 vta.). Sin embargo, ensayó otras interpretaciones que condujeron también a sostener la caducidad del dato ingresado en la base de datos, al afirmar que la fecha "...a tomarse en cuenta es la del acontecimiento que causó la situación de mora, es decir 1994/1993", y que a partir de dicha fecha, "...en el BCRA se ha venido repitiendo la misma información durante más de 5 años...", con lo que se han violado las prescripciones de la ley (fs. 123).

Con relación a los saldos deudores informados por el Citibank N.A. respecto de la tarjeta de crédito "MasterCard" y la tarjeta de crédito

“Visa” (que habrían sido dadas de baja el 23/9/97 y el 6/4/00, respectivamente), si bien el actor no reconoció expresamente estas deudas, manifestó que “...aun cuando las deudas fueran ciertas y la mora fuese la que denuncia el Citibank,... dichas obligaciones estarían prescriptas a tenor de la jurisprudencia y de la Ley de Tarjetas de Crédito Nro. 25.065”, o bien, deberían ser alcanzadas por el “derecho al olvido” establecido en el artículo 26, punto 4, de la ley 25.326 (fs. 123/123 vta. y 124).

2º) Que el juez de primera instancia rechazó la acción intentada (fs. 319/321), decisión que fue confirmada por la mayoría de los integrantes de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 357/360).

Aquella mayoría –tras reproducir el texto del artículo 26, punto 4, de la ley 25.326 y del artículo 26 del decreto reglamentario 1558/01– señaló que en el pleito no se hallaba en discusión la situación de mora del actor en el cumplimiento de sus deudas relativas a dos tarjetas de crédito y a una cuenta corriente, y que la acción sólo podría prosperar “...en la medida que esté acreditado de modo fehaciente que transcurrieron cinco años desde la última información adversa sobre la situación económica financiera del actor... siempre que no se halle transcurriendo un plazo de prescripción superior. Sobre el particular, debe tenerse presente que el tiempo de olvido previsto para evaluar la solvencia económica-financiera de un particular de modo alguno puede predominar o pulverizar los plazos [prescriptivos] establecidos en el ordenamiento jurídico...”. Agregaron que, si “...el accionar desvalioso o ilegal hubiere merecido un encuadre judicial –como en el caso en que medió sentencia de trance y remate pasada en autoridad de cosa juzgada– el plazo de prescripción será el establecido en el código civil” (fs. 358 vta.).

Asimismo, ponderaron que el banco privado demandado reconoció que las tarjetas de crédito fueron dadas de baja en las siguientes fechas: el 23/9/1997, la tarjeta MasterCard y el 6/4/2000, la tarjeta Visa, y que el saldo impago de la cuenta corriente –que fue cerrada– fue reclamado en un juicio ejecutivo en el que se condenó al actor mediante la sentencia dictada el 16/11/1998, que se encuentra firme y consentida.

Afirmaron que, “...más allá de las fechas “*ut supra*” indicadas, la propia recurrente reconoce que las deudas en cuestión resultan en la actualidad exigibles por no haber cumplido su parte con el pago res-

pectivo y no haber transcurrido el plazo de prescripción que pudiera liberarlo de su carácter de deudor...”. Al “...resultar exigibles las obligaciones a cargo del actor, aparece evidente que la información a su respecto continúa siendo adversa en la actualidad y en consecuencia, no ha transcurrido el plazo legal invocado por aquél, toda vez que, como se [aduce], ante la vigencia de tal información no se dan los requisitos para comenzar a computar el plazo” (fs. 359).

Consideraron “...inadmisible pretender el dictado de una sentencia cuyo efecto sea disfrazar la situación patrimonial del deudor, ocultando información sobre parte de su pasivo con posible perjuicio de los que, de buena fe, quieran celebrar operaciones comerciales con aquél, contando con un real conocimiento del patrimonio que se convertirá en la garantía de la relación” (fs. 359).

Finalmente, señalaron que en tanto en esta clase de acciones debe ponderarse, en sustancia, la veracidad de la información, no se hallaban reunidos los recaudos para admitir la pretensión, pues los datos archivados en los registros o bancos de datos no reflejaban información falsa o agravante (fs. 359/359 vta.).

3º) Que contra la sentencia el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 365/376 que –contestado por el Banco Central a fs. 379/386 y por el Citibank N.A. a fs. 387/400– fue concedido por el *a quo* a fs. 402, y resulta formalmente admisible pues se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de normas federales y lo resuelto por el superior tribunal de la causa es contrario al derecho que el recurrente sustentó en esas disposiciones (artículo 14, inc. 3º, de la ley 48).

4º) Que el artículo 26 de la ley 25.326 relativo a la prestación de servicios de información crediticia, en cuanto a la solución del caso interesa, prescribe:

“4. Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económica-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho”.

Por su parte, el artículo 26 del decreto 1558/01 que reglamentó aquella ley, en su parte pertinente, dispone:

“Para apreciar la solvencia económica-financiera de una persona, conforme lo establecido en el art. 26, inciso 4, de la Ley N° 25.326, se tendrá en cuenta toda la información disponible desde el nacimiento de cada obligación hasta su extinción. En el cómputo de CINCO (5) años, éstos se contarán a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible. Si el deudor acredita que la última información disponible coincide con la extinción de la deuda, el plazo se reducirá a DOS (2) años. Para los datos de cumplimiento sin mora no operará plazo alguno para la eliminación”.

“A los efectos del cálculo del plazo de DOS (2) años para la conservación de los datos cuando el deudor hubiere cancelado o extinguido la obligación, se tendrá en cuenta la fecha precisa en que se extingue la deuda”.

5º) Que en el debate parlamentario el miembro informante de la Cámara de Senadores puso especial énfasis en señalar que “...el ideal que debemos perseguir es un equilibrio, de forma tal que sin afectar la intimidad del individuo, sin afectar su honor, se pueda proteger la libertad y el derecho de informar y también el derecho de libertad de empresa, sobre todo cuando se trata de empresas que se dedican a informar”. Y, específicamente, con “...relación a los bancos de datos destinados a perfeccionar informes crediticios –artículo 26 del proyecto–..., debemos decir que el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuando contempla la acción de hábeas data, no tiene en mira la protección del crédito o el funcionamiento del libre mercado sino aspectos de la personalidad que hacen a la dignidad de los seres humanos, como la libertad, la igualdad, la intimidad y la honra. Pretender desprender los servicios de información crediticia de los derechos de las personas sobre sus datos, limitándolos a los “datos sensibles”, es empobrecer el concepto y olvidar que los derechos al patrimonio –como atributo de la personalidad– y a la propiedad son también integrantes del plexo de derechos de la persona necesarios para alcanzar su perfección y felicidad” (Antecedentes Parlamentarios, Tomo 2001-A, La Ley, Buenos Aires, año 2001, págs. 358, 361 y 362).

Por su parte, el senador Yoma propuso –en lo que resulta pertinente para la decisión del caso– una modificación del proyecto originario “...en el inciso 4) del artículo 26, referido al plazo dentro del cual las *organizaciones de datos* pueden mantener los datos de las personas...”,

en los siguientes términos: “... se trataría de una reducción de diez a cinco años. Al respecto, pensamos que es excesivo que las *organizaciones comerciales de datos* tengan durante diez años este tipo de datos personales ya que, en los hechos, implica una virtual inhabilitación, fundamentalmente para el pequeño y mediano comerciante. Este plazo de cinco años no es arbitrario, ya que en la anterior ley de quiebras, para el fallido fraudulento –no es éste el caso–, la inhabilitación era de cinco años. Actualmente la ley de quiebras eliminó la distinción del fallido fraudulento o culpable y la inhabilitación es sólo de un año. Pero pensamos, además, que si reducimos el plazo en un año para que las organizaciones de datos puedan tener datos de las personas, podemos provocar problemas en la cadena de crédito de nuestro país. Es por eso que creemos razonable reducir a cinco años el plazo para que las *organizaciones comerciales de datos* puedan tener la información de las personas” (Antecedentes Parlamentarios citados, págs. 375 y 376).

La modificación planteada, recibió la aceptación del miembro informante de la Cámara de Senadores. En efecto, éste expresó: “El término de diez años que se ha fijado no es arbitrario. Se lo ha hecho coincidir con el término de la prescripción liberatoria, que es de diez años. De todos modos, los plazos que se fijan para estos casos... [no] necesariamente tienen que coincidir con otro tipo de plazos, como el de la inhabilitación en el caso de la ley de quiebras, ni tampoco como el de la prescripción liberatoria, que de todos modos es el que teóricamente se ha tenido en cuenta. De todas maneras, me parecen razonables los argumentos y creo conveniente que se pueda poner cinco años como plazo para estos informes” (cit. ant., pág. 380).

A su vez, la Cámara de Diputados al considerar el proyecto de ley recibido en revisión, dio una nueva redacción a la norma que se examina, en especial, al introducir la distinción entre el plazo genérico de cinco años y su reducción a tres años –finalmente disminuido a dos años– para el supuesto de que el deudor cancele su deuda o de otro modo extinga la obligación (ver la intervención de la diputada Carrió –pág. 437 y 445–; del diputado Di Cola –págs. 443 y 444–; las disidencias parciales de los diputados Baglini –págs. 426/427– y Funes –págs. 433/434– y las objeciones manifestadas por el diputado Caviglia –págs. 430/433–, en los Antecedentes Parlamentarios antes citados).

Por último, en el recinto de la Cámara de Senadores, el miembro informante manifestó que “vamos a aceptar la modificación planteada

por la Cámara de Diputados en el artículo 26, inciso 4. El Senado había establecido originariamente que los bancos de datos de información crediticia sólo podían contener los datos acerca de la potencialidad crediticia de una persona durante cinco años. La Cámara de Diputados modificó la redacción de este artículo, reduciendo ese plazo a dos años cuando la persona hubiese cancelado su obligación comercial. En consecuencia, los bancos de datos de información crediticia sólo pueden tener los datos personales de una persona durante un término de dos años una vez cancelada su obligación comercial” (págs. 467 y 468). Asimismo, una vez más fue destacada la tensión existente entre el derecho de las personas a la intimidad, al honor y a no ser injustamente discriminadas, y el derecho a la información de esta clase de datos, y la necesidad de que, en caso de conflicto, prevalezca “...sin lugar a dudas el derecho de las personas”, pues el hecho de informar la calidad de insolvencia de una persona puede convertirla “...en un muerto civil”, y la puede “...condenar, de esa forma, a un estado de miseria y pobreza permanentes” (Antecedentes Parlamentarios citados, pág. 475).

6°) Que, de lo hasta aquí expuesto, resulta con nitidez que la ley ha consagrado el derecho del afectado a exigir que –transcurrido cierto tiempo– los datos significativos para evaluar su solvencia económica-financiera no sean mantenidos en las bases de datos ni difundidos, con el objeto de que el individuo no quede sujeto indefinidamente a una indagación sobre su pasado. Esta clase de previsión no es novedosa y fue adoptada –con diversos matices– por las legislaciones de numerosos países que fijaron plazos similares a los que estableció la ley 25.326.

Así, sólo a título de ejemplo, el plazo de 6 años previsto en las dos leyes orgánicas de España –Ley Orgánica N° 5/92 (LORTAD), artículo 28, punto 3, y Ley Orgánica N° 15/99 (LOPD), artículo 29, punto 4–; el plazo de 5 años previsto en la ley de Dinamarca –Danish Act 429/2000, Section 20 (3)–; el de 3 años en la ley de Suecia – Credit Information Act (1973:1173), Article 8–; el plazo genérico de 7 años, o el de 10 años para ciertos supuestos, establecido en la legislación de Estados Unidos –Fair Credit Reporting Act (FCRA), Sección 1681 c–, y en América Latina, el plazo de 7 años fijado en la legislación de Chile –Ley N° 19.628, artículo 18, antes de la reforma introducida por la Ley N° 19.812– o el de 5 años previsto en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil –Ley N° 8078, artículo 43–; en la ley de Perú –Ley N° 27.489, artículo 10– o en la de Uruguay –Ley N° 17.838, artículo 9–(algunos de estos antecedentes han sido mencionados en el debate parlamentario).

También resulta con suficiente claridad que –más allá de las bondades o no del sistema ideado– el legislador expuso su preocupación acerca de que el mantenimiento de información adversa en las pertinentes bases de datos durante un largo lapso (como el de 10 años previsto en el proyecto originario) podría dar lugar a una suerte de inhabilitación del deudor y a la consiguiente imposibilidad de reingreso al circuito comercial y, por ende, juzgó aquel mantenimiento como una solución disvaliosa.

En consecuencia, contrariamente a lo afirmado por el *a quo*, en el artículo 26, punto 4, de la ley 25.326, se ha distinguido la situación de aquellos deudores que no han cancelado sus deudas (en cuyo caso el plazo será de 5 años), de los que sí lo han hecho (supuesto en que el plazo se reduce a 2 años), con total independencia de que en relación a los primeros pueda perseguirse el cobro de la acreencia mientras la obligación sea jurídicamente exigible. Al respecto, es revelador el hecho de que no fue aceptada la propuesta expresa del diputado Caviglia en el sentido de establecer un único plazo que regiría en caso de que mediara la cancelación de la deuda, y que fue sostenida en términos muy contundentes: “Debemos liberar a los que pagan pero no podemos darle el mismo derecho a los cinco años a los que no pagan...”. “Si prohibimos conocer a los que no pagan estamos dando un pésimo ejemplo a la sociedad, ya que un moroso tan sólo debe esperar dos años más respecto de otro que pagó para exigir a los bancos de datos que lo saquen de sus archivos...” (ver el desarrollo de la disidencia parcial del diputado Caviglia –Antecedentes Parlamentarios citados, págs. 430/433, en especial, pág. 431–).

Por otra parte, no resulta del texto de la ley –ni puede inferirse de su génesis– que el plazo de cinco años deba quedar pospuesto mientras la deuda sea exigible por no haberse operado a su respecto la prescripción, si precisamente –como se ha visto– la intención del legislador ha sido consagrar un plazo más breve que el originariamente propuesto (el de 10 años) y que había respondido al propósito de hacerlo coincidir con el plazo de prescripción (ver considerando 5º, párrafo tercero, de la presente).

7º) Que, por lo tanto, es incorrecta la interpretación del *a quo* en el sentido de negar la aplicación al caso del artículo 26, punto 4, de la ley 25.326, sobre la base de considerar que las deudas del actor son aun en “...la actualidad exigibles por no haber[se] cumplido... con el

pago respectivo y no haber transcurrido el plazo de prescripción que pudiera liberarlo de su carácter de deudor” (fs. 359).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal –en el aspecto examinado–, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Costas por su orden en razón de lo novedoso y complejo de la cuestión debatida (artículo 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Américo Marcial Catania**, patrocinado por el Dr. **Gabriel Martínez Medrano**.

Traslado contestado por **el Banco Central de la República Argentina**, representado por la Dra. **Marta Graciela Paz** y por **el Citibank N.A. –Sucursal Argentina–**, representado por la Dra. **Mariana Oteiza** y patrocinado por el Dr. **Miguel Gesuiti**. 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° 12**.

F.R.F.C. c/ L.S.Y.U. s/ REINTEGRO DE HIJO

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES.

Si está probado que la salida del Perú contó con el permiso del padre de las menores pero no ocurre lo mismo con la retención en territorio argentino, en tanto aquella se hizo bajo la apariencia de un viaje para el tratamiento de una de las niñas y, por ende, transitorio, y teniendo en cuenta que no se ha demostrado que la madre fuese la titular de la custodia con el contenido jurídico específico del art. 3, inc. “a” de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, corresponde tener por configurada la ilicitud de la retención en los términos del art. 4, constatación que hace operativo el mecanismo restitutorio, ya que tampoco se ha logrado establecer con el rigor necesario la existencia de ninguna de las excepciones previstas.

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

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES.

A fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor discapacitada requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que deberá informar a la Autoridad Central del estado requirente acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor y también poner en conocimiento la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES.

Teniendo en cuenta que el interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, corresponde exhortar a ambos progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva, e igual requerimiento cabe dirigir a la jueza a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –Sala L–, que desestimó la solicitud de restitución a la República del Perú de las dos menores hijas de las partes (T.L. y B. N. F.L.), el actor dedujo el recurso extraordinario de fs. 407/414, concedido a fs. 434.

– II –

El decisorio impugnado revocó el fallo de primera instancia, que había acogido la petición encuadrada en el Convenio sobre los Aspectos

Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (que en adelante denominaré CH 1980).

Para así hacerlo, consideró en lo principal que: (i) la ilicitud del traslado a nuestro país no aparece manifiesta, ya que en todas las ocasiones el actor concedió los permisos de viaje, sin que la legislación peruana contemple un plazo máximo de vigencia de ese tipo de autorizaciones. (ii) según el art. 12 CH 1980, la restitución debe ordenarse salvo que quede demostrado que el niño se ha integrado en su nuevo medio, dando preeminencia a su superior interés así como a su estabilidad psíquica y emotiva, ámbitos que también protege la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ende, si bien el procedimiento se inició antes del año desde la última partida del Perú, una correcta interpretación exige tener en cuenta lo ocurrido con anterioridad, pues se trata de personas de corta edad que han viajado con frecuencia y permanecido por largos períodos en nuestro país, adaptándose a su hábitat. (iii) la madre "...asume la responsabilidad de la crianza y educación de ambas hijas respondiendo a las necesidades de cada una de ellas, brindándoles afecto, contención y cuidado que todo niño necesita para crecer y desarrollarse como sujeto de derecho", de modo que el panorama dista de parecerse al existente cuando convivían con la familia materna. (iv) la visita ambiental glosada a fs. 107 da cuenta de la conversación sostenida con el progenitor que vivía con el resto del grupo, circunstancia que avalaría el hecho alegado en cuanto a que en algún momento el Sr. F.R. tuvo intención de radicarse junto a su familia en Argentina. (v) el 2/10/2007 el actor facultó a la demandada a viajar con su hija T. y a realizar todos los trámites tendientes a obtener la radicación y/o nacionalización de la niña en Argentina. En ese momento, la madre ya contaba con un permiso fechado 8/8/07, por lo cual resulta innegable que la voluntad de aquél era permitir la radicación en Argentina, descontándose "...que no se oponía a la permanencia de la otra [hija] junto a su madre y la hermana, ya que en caso contrario se produciría una fractura familiar no deseable".

– III –

En lo que nos interesa, el apelante sostiene centralmente que: (i) la sentencia es claramente contraria a garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de ese jerarquía, como así también al CH 1980, configurándose de tal modo una cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria.

(ii) en ese sentido, el fallo desatiende los compromisos y objetivos que derivan de los arts. 1, 2 y 11 CH 1980, violentando el derecho de las niñas a no ser retenidas en forma ilícita y a regresar al lugar de su residencia habitual en el país de origen, junto a su padre. Desconoce también el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues el CH 1980 se apoya en la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. (iii) el tribunal parte de asegurar que la ilicitud del traslado no aparece manifiesta, pero en autos jamás se cuestionó el desplazamiento sino la retención de las niñas. Siempre se reconoció que el Sr. F.R. había aprobado el viaje, pero se remarcó que –aun cuando no fijó la fecha de regreso– la anuencia era temporal y para realizar el trayecto Lima-Buenos Aires-Lima. Entonces, ambas niñas debían retornar a Perú, quedándose aquí contra la voluntad de su progenitor que estaba en ejercicio de la patria potestad. (iv) el pronunciamiento fuerza la interpretación del art. 12 CH 1980, pues a pesar de reconocer que el mecanismo restitutorio se impulsó antes de cumplirse el año de ocurrido el desplazamiento, no se aviene a la devolución inmediata y examina la adaptación al medio, prevista como excepción para otro supuesto. (v) de cualquier modo, el viaje realizado con anterioridad al de 2007 fue temporario y obedeció a motivos de salud. Asimismo, aun teniendo en cuenta ese período de permanencia en Argentina, T. L. ha vivido más en Perú que en nuestro país. (vi) la Cámara toma en cuenta el espacio en que las niñas estuvieron en Argentina en forma ilícita, contraviniendo la oposición del padre. (vii) la sentencia se dictó tres años después de iniciado el reclamo, de manera que esa demora no puede computarse en contra de los intereses de las niñas y del reclamante, alentando así que otros padres retengan ilícitamente a sus hijos dilatando la tramitación del proceso legal. (viii) la Sala realiza una valoración absolutamente parcial de la estancia de T.L. y B.N. en Argentina, omitiendo hechos graves relativos a la calidad del cuidado de la madre, panorama que –insiste– no ha mejorado. (ix) la venia para tramitar la radicación de T.L. tuvo por finalidad procurarle una mejor atención médica, propósito que justifica que el permiso se extendiera sólo para la hija que presenta problemas de salud y no respecto de B.N. De haber tenido la intención de que ambas hijas vivieran definitivamente en Argentina, hubiese firmado el mismo instrumento respecto de B.N., pero no lo hizo. (x) T.L. y B.N. nacieron en Perú, vivieron allí junto con sus padres hasta julio de 2004 y se trasladaron transitoriamente, al solo efecto de proveer asistencia médica a T.L. Esta volvió a su país natal el 23/1/06 y B.N. lo hizo el 23/12/06, sin la compañía

de su madre, quien jamás reclamó administrativa o judicialmente, por lo que ambas moraban en el Perú con el consentimiento de la Sra. L.S. (xi) en agosto de 2007 la madre pidió traerlas a Argentina, donde habita su familia, y a fin de hacer un control médico de T.L. Al ser atendible el pedido, el Sr. F.R. extendió su venia para el itinerario Lima-Buenos Aires-Lima; por lo cual, si bien no estableció una fecha tope, quedó claro de los mismos términos de la autorización que las niñas debían volver a Lima. (xii) la solicitud de restitución se entabló el 26 de marzo de 2008, por lo que debe ordenarse inmediatamente el retorno, dando efectividad al compromiso asumido por nuestro país en ese sentido. (xiii) aunque la carga probatoria respecto de los óbices a la restitución está en cabeza de la parte requerida, el padre se ha encargado de acreditar la residencia habitual en Perú, a través de las constancias documentales agregadas a la demanda, de donde surge la concurrencia a establecimientos educativos, la atención médica y psicológica, etc. (xiv) ni la madre ni la Defensora de Menores alegaron oportunamente ninguna de las excepciones previstas por el CH 1980, de modo que si se oyeran los argumentos traídos con posterioridad, se estaría vulnerando el principio de preclusión y, por ende, el derecho de defensa en juicio de su parte. (xv) tampoco se ha probado que exista un grave riesgo de que la devolución exponga a las niñas a un peligro físico o psíquico sino que, por el contrario, la documental agregada acredita que B.N. y T.L. pueden recibir en Perú educación y seguimiento médico, así como proveerse a T.L. la atención especializada que brindan los centros cuyos informes obran en autos. (xvi) ni la integración del menor al nuevo medio, ni la mera invocación genérica del beneficio del niño o del cambio de ambiente, bastan para configurar la situación extraordinaria que permitiría negar la restitución.

– IV –

La apelación resulta admisible, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de tratados internacionales y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquél (art. 14 inc. 3 de la ley 48).

En tales condiciones, la actuación del Tribunal no se encuentra restringida por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto en disputa (doct. de Fallos: 308:647; 322:1754; 324:2184 y sus citas, entre muchos otros).

En ese orden, advierto que el caso se regiría por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo (CIDIP IV; v. su art. 34). Sin embargo, ponderando que –como se dijo en Fallos: 328:4511 [v. punto IV del dictamen de esta Procuración, al que remitió V.E.]–, tanto el CH (ley 23.857), como la CIDIP IV (ley 25.358) satisfacen las directivas del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849), mediante cláusulas sustancialmente coincidentes, entiendo pertinente abordar el tratamiento del tema desde el enfoque propuesto en dicho precedente. Pienso, pues, que procede aplicar los criterios generales elaborados en torno al primero de los instrumentos citados, en cuyos propósitos y remedios básicos contra la sustracción transnacional de niños, se alinea –reitero– la CIDIP IV.

Por otro lado, las particularidades de la cuestión debatida y la íntima conexión de los aspectos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, en el marco de la imprecisión y generalidad del auto que concedió el recurso extraordinario, tornan razonable una revisión integral del problema traído a esta instancia de excepción.

– V –

La lectura de los expedientes que tengo a la vista, permite deslindar los siguientes elementos que estimo conducentes para la comprensión y resolución del problema: (i) las niñas T.L. y B.N. nacieron en el Perú el 4/7/2001 y el 22/7/2003, respectivamente. (ii) T.L. padece síndrome de Down y una anomalía ano-rectal severa. (iii) la familia vivió en aquel país hasta julio de 2004, mes en el que tuvo lugar una primera salida de madre e hijas con destino a la Argentina. (iv) el viaje se realizó para llevar a cabo una intervención quirúrgica a T.L. así como la consecuente rehabilitación que, al extenderse más de lo previsto, provocó la venida del Sr. F.R. (v. fs. 135 vta. y 296). (v) vuelto el padre a Perú, las niñas permanecieron en Buenos Aires con la madre. (vi) en enero de 2006 T.L. regresó a su lugar natal y en diciembre de 2006 lo hizo B.N. (vii) en agosto de 2007 ambas niñas partieron del Perú hacia Chile (v. fs. 21/22) y luego habrían llegado a Buenos Aires. (viii) en esa ocasión (8/8/2007), el padre extendió la respectiva autorización para el circuito Lima-Buenos Aires-Lima, sin límite temporal expreso (v. fs. 225/226 y 229/230), plazo que tampoco está determinado por el ordenamiento peruano (v. fs. 216). (ix) el 2 de octubre de 2007 el Sr. F.R. facultó a la madre para “obtener la nacionalización y/o radicación argentina” de su hija T.L. (x) la documental agregada en el inicio fue transmitida

desde la Autoridad Central peruana, confiéndose la intervención de estilo a nuestra Cancillería, por lo que debe recibirse con el alcance del art. 9 inc. 4° CIDIP IV (art. 23 CH 1980) sin que a mi juicio sea posible descalificarla por la vía del art. 356 del CPCCN, como pretende hacerlo la Sra. L.S. a fs. 135 acápite 3. (xi) según dichas constancias, en agosto de 2007 T.L. desarrollaba el ciclo escolar en la Institución Educativa Inicial N° 384 de la localidad de Lucyana (Carabayllo, República del Perú), en la que había cursado sus estudios regulares durante el año lectivo 2006 y a la que estaba integrada, encontrándose matriculada al 20/12/2007 y con vacante reservada en marzo de 2008. Además, tenía seguimiento psicológico y realizaba terapia ocupacional y del lenguaje, contando con seguro de salud en marzo de 2008, mientras que ya en mayo de 2006, era afiliada de la Sociedad Peruana de Síndrome Down. (xii) por su parte, B.N. también cursó sus estudios en Perú durante el año 2007, hallándose matriculada en diciembre de 2007 y manteniendo, para marzo de 2008, la vacante escolar y la cobertura de salud. (xiii) a la inversa, la documental glosada por la progenitora en fotocopia, fue desconocida sin que se ofreciera siquiera su autenticación (v. fs. 136/138 y 154). Por ende, sólo puede hacerse mérito de la instrumental acompañada por ella en original, como asimismo de las autorizaciones de viaje que el Sr. F.R. tuvo por existentes y que fueron glosadas por la Autoridad Central a solicitud del nombrado (v. fs. 102, 221/227 y 228/231). (xiv) al contestar el traslado del pedido de restitución (v. fs. 135 vta.), la madre admitió que el desplazamiento hacia la República Argentina fue motivado por los problemas de salud de T.L. (v. fs. 296, segundo párrafo del cap. II). Dicho reconocimiento, así como el de haber mandado de vuelta a las niñas a Perú en 2006 y 2007 –voluntariamente y más allá del deseo del abuelo paterno–, también surge de la causa penal N° 9030/08 (v. sus fs. 3 y 4) y del expediente N° 76.348/08 por violencia familiar, en cuyo transcurso la interesada no refirió como móvil de la pareja afincarse en territorio de la República (v. copia de fs. 82/83 de estos autos). (xv) si bien en autos solicitó el rechazo de la demanda y negó genéricamente la retención indebida, así como el carácter temporario de la conformidad paterna, la Sra. L.S. no controversió que la residencia habitual de T.L. y B.N. se situara en Perú; ni articuló fundadamente en primera instancia los óbices taxativamente establecidos por el sistema restitutorio. (xvi) la Sra. L.S. tampoco puso en discusión que, según el régimen familiar peruano, la madre no estaba habilitada para fijar unilateralmente la residencia definitiva de sus hijas fuera del país ni que al Sr. F.R. le asistieran, en el momento de la retención, derechos relevantes en los términos de

la CIDIP IV (arts. 1 y 4) y del CH 1980 (arts. 1 y 3). Por lo demás, en orden a la flexibilidad que consagra el art. 14 en el conocimiento del derecho extranjero, puede constatarse que esos extremos surgen del art. 76 del Código de los Niños y Adolescentes peruano (ley 27.337), en tanto preserva el ejercicio común de la patria potestad aun separada la pareja parental, así como de su art. 111, que exige la aquiescencia de ambos progenitores para la salida del país (v. as. fs. 51 y acápite x). (xvii) las gestiones tendientes a la restitución internacional, se emprendieron dentro del plazo de un año previsto en el art. 14 CIDIP IV (v. art. 12 CH 1980).

– VI –

En el dictamen emitido en el precedente de Fallos: 333:604, se examinaron los criterios interpretativos sentados por esa Corte en materia de restitución internacional de niños. Es en esas pautas que encuentra solución el conflicto sometido a consideración, de modo que a ellas me remito y las doy aquí por reproducidas para aconsejar, como lo haré, el progreso del recurso interpuesto.

Sin embargo, en función de las características que presenta el problema, estimo útil subrayar alguno de los conceptos allí expuestos.

Primeramente, tal como indica el Sr. F.R., a pesar de los costos que habitualmente acarrea una nueva reubicación, el arraigo del niño en el país de refugio no constituye un motivo autónomo de oposición ni excusa el incumplimiento de la devolución inmediata cuando –como en el caso ocurre– el mecanismo restitutorio se activa dentro del año (v. arts. 14 CIDIP IV y 12 CH 1980). Recordemos que el centro de vida no puede adquirirse a través de un acto ilícito; de lo contrario el sistema devendría inaplicable, pues como lo advirtió V.E. en Fallos: 318:1269 (consid. 14), el procedimiento “...concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido...” (v. as. art. 3º del Decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26.061).

En segundo lugar, es el presunto captor quien debe demostrar la concurrencia de los supuestos de excepción, entre ellos, la conformidad del otro progenitor respecto de la modificación del *statu quo ante*. Y debe hacerlo cabalmente, toda vez que las hipótesis de denegación poseen carácter excepcional –por ende, riguroso–; con lo cual, las defensas que se propongan en ese terreno deben evaluarse con estrictez.

De otra parte, los esquemas restitutorios no pretenden resolver el problema de la atribución de la guarda. Por lo mismo, este trámite no admite la formulación de juicios sobre los méritos de la custodia, desde que la definición del asunto de fondo se defiere a las autoridades competentes del Estado requirente.

En tales condiciones –además de partir, como bien lo observa el recurrente, de la naturaleza no manifiesta de la ilicitud de un traslado cuya regularidad nunca fue debatida por el padre–, entiendo que la respuesta de la Cámara no se aviene a los lineamientos sentados en materia de restitución internacional.

En efecto, como se vio en el punto II, los jueces han extendido la salvedad prevista en el segundo párrafo del art. 12 a la situación contemplada en su primera parte, en cuyo marco –al igual que lo que acontece con el art. 14 CIDIP IV–, la estabilidad lograda como consecuencia de un traslado o retención indebidos, no es idónea para sustentar la no restitución. De tal suerte, por la vía de la interpretación analógica –vedada en el contexto convencional–, han consagrado una nueva causal de eximición, forzando así uno de los objetivos fundamentales de estas estructuras cooperativas, que es el restablecimiento del estado anterior, mediante la devolución inmediata del niño trasladado o retenido ilícitamente (arts. 1° CIDIP IV y 1° CH 1980).

Adicionalmente, la Sala deduce la voluntad del padre en cuanto a radicarse en Argentina; y lo hace desde una circunstancia aislada (la estadía del progenitor en Buenos Aires que surge de fs. 107), aunque las narraciones de la misma interesada dejan ver tanto que ella y sus hijas vinieron con el fin manifiesto de tratar la enfermedad de T.L., como que el Sr. F.R. llegó a esta ciudad impulsado exclusivamente por la prolongación de la rehabilitación, más de lo esperado (v. punto III acápite iv y xiv).

En esa línea de amplitud hermenéutica –extraña, como se vio, al sistema restitutorio–, el tribunal infiere la conformidad paterna para que B.N. permanezca en el país, a partir del permiso otorgado para tramitar la nacionalidad de su hermana, T.L.

En cuanto a esta última, bien que el poder extendido en orden a su nacionalización y/o radicación suscita interrogantes, la conjetura que de ese hecho extrae el tribunal resulta excesiva. Digo esto porque –aun apartándonos de la situación procesal descrita en el

acápite xv del punto anterior–, es la propia madre quien niega que sus hijas “no hayan regresado jamás a su residencia habitual” y “que la retención ilícita de... [ellas] haya turbado la vida que las mismas tenían en su País” (*sic*; v. fs. 135 y 135 vta.), para referirse más tarde a su adaptación, atribuyéndola a “la cantidad de viajes que han hecho las niñas” (v. fs. 423); con lo cual, es dable pensar que en el 2007 su residencia habitual se localizaba en el Perú. Además, repito, las distintas versiones que ensaya la Sra. L.S. tienen en común un elemento excluyente y es que el propósito que trajo a la familia a este país fue el tratamiento médico de T.L. (v. fs. 82 vta., 135 vta. y 296 y fs. 3/4 de la causa penal). De tal suerte, y en sintonía con la explicación que proporciona el padre, no es inverosímil que las distintas autorizaciones paternas y la permanencia misma de T.L. en la República, se encontraran supeditadas en un todo –también en su dimensión temporal– al cumplimiento de dicho objetivo, y sólo representarían para el progenitor –extranjero y abocado a solucionar los problemas de salud de su hija– medios encaminados a ese fin, más allá de los alcances específicos de la normativa nacional que él pudo perfectamente desconocer (arg. Fallos: 333:2396 consid. 14). Máxime que, como lo advierte la Autoridad Central a fs. 227, la redacción impresa a la autorización para realizar el último viaje, fijó como puntos de partida y destino Lima-Buenos Aires-Lima.

Finalmente, los jueces han ponderado circunstancias que hacen a la calidad de la guarda, consideración que –insisto– resulta ajena a la naturaleza misma de este mecanismo.

En ese contexto, creo que no se ha acreditado con la certidumbre exigible que la mudanza definitiva haya contado con la anuencia previa del progenitor, quien –por lo demás– firmó la pertinente solicitud de devolución con una razonable presteza (el 26 de marzo de 2008 [v. fs. 13 y 18]). Entonces, dado que la aceptación sobreviniente –aunque puede verificarse tácitamente– debe ser inequívoca, interpreto que no estamos habilitados para derivar de las constancias mencionadas precedentemente una conclusión de tanta trascendencia como es la existencia del consentimiento paterno.

– VII –

Cabe apuntar, además, que en el marco diferenciado al que debe ceñirse nuestra opinión –aun dejando de lado el tema de la oportunidad

de su invocación—, los argumentos relativos a la opinión de las menores y al peligro que entrañaría el regreso, carecen de idoneidad.

Es que —más allá de las afirmaciones dogmáticas en cuanto a la situación deficitaria a la que se verían sometidas las niñas en su país de origen—, la madre no invocó siquiera que la permanencia en Argentina constituya un recaudo *sine qua non* para la preservación de la salud de T.L.

En lo atinente a la postura de las niñas, los pocos elementos incorporados a la causa, transmiten “...cuánto les gusta vivir aquí en la Argentina junto a su mamá, no recordando prácticamente nada de su vida en Perú” (v. fs. 324) o los dichos de B.N. en el sentido de “que prefiere permanecer aquí y como todos los veranos asistir a la colonia con sus amigos” (v. fs. 459). Nada nos habla de un conflicto férreo, ni de una oposición, tal como fueron interpretados por V. E. (v. as. fs. 336/338).

En suma, de lo dicho hasta aquí tenemos que, si bien está probado que la salida del Perú contó con el permiso del Sr. F.R., no ocurre lo mismo con la retención en territorio argentino, desde que aquella se hizo bajo la apariencia de un viaje para el tratamiento médico de T.L., por ende, transitorio.

Así las cosas, atento a que no se ha demostrado que la madre fuese la titular de la custodia con el contenido jurídico específico del art. 3 inc. “a” CIDIP IV (v. art. 5º inc. “a” CH 1980), corresponde tener por configurada la ilicitud de la retención en los términos del art. 4 CIDIP IV (v. art. 3 CH 1980); constatación que —en el marco de la doctrina elaborada por V.E., especialmente en los precedentes ya mencionados de Fallos: 333:604 y 2396—, hace operativo en autos el mecanismo resolutivo, toda vez que tampoco se ha logrado establecer con el rigor necesario la existencia de ninguna de las excepciones previstas.

– VIII –

Por último habré de recordar que, como V. E. ha enseñado, compete a ese alto cuerpo, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a efectos de no comprometer su responsabilidad internacional.

Bien en claro, como ya lo tiene dicho esta Procuración, que el temperamento que aquí propicio no importa interferir en la cuestión de

la tenencia, sino sólo el reintegro a la jurisdicción peruana –de la que las menores fueron excluidas ilícitamente, con arreglo a las normas internacionales–, donde deberá resolverse en definitiva.

Asimismo, en concordancia con el dictamen citado en el párrafo anterior, insistiré hoy en que la función esencial de este Ministerio Público Fiscal, consiste en velar por el resguardo de la legalidad, extremo que en el *sub-lite* se centra en el cumplimiento irrestricto de los instrumentos que regulan el caso. Por ende, si V.E. lo considerase pertinente, podría disponer que T.L. y B.N. sean oídas por medios que despejen cualquier duda que pueda suscitarse en punto a su mejor interés.

– IX –

En consecuencia, opino que V.E. debe hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia con el alcance indicado. Buenos Aires, 11 de julio de 2011. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo”.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó el pedido de restitución de las menores T.L. y B.S. de nacionalidad peruana, el actor interpuso recurso extraordinario que fue concedido (fs. 407/414 y 434).

2º) Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse, por razones de brevedad.

3º) Que, sin perjuicio de ello, no resulta ajeno a esta Corte Suprema que la menor T.L., que padece de Síndrome de Down y de una anomalía

anorectal severa, se encuentra en la actualidad con el debido cuidado y seguimiento profesional e integrada al medio social en el que vive. Dicha adaptación, lograda a partir de la retención ilícita que este Tribunal considera configurada en el caso, así como las nuevas dificultades en su evolución que podría producir su traslado, no resultan óbice para la aplicación del CH 1980, pues de las constancias de la causa surge acreditado que durante la estadía de T.L. en la República del Perú en el período 2006/2007, su padre F.R. se preocupó y ocupó de la salud y del desarrollo educativo de su hija, al brindarle la misma asistencia psicoterapéutica (conf. fs. 23/24, 28/42 y 47).

4º) Que el derecho a la salud y su debida preservación, encuentran un marco de protección en los arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en lo que respecta a los menores la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho a acceder a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud, debiendo los Estados Parte asegurar la plena aplicación de esta prerrogativa a través de medidas adecuadas (art. 24).

Asimismo y en estrecha vinculación con la particularidad que presenta el caso, en el art. 23 de la citada convención los Estados Parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad; el derecho a recibir cuidados especiales, y el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento con el objeto de lograr su integración social y el desarrollo individual.

El Comité de los Derechos del Niño –órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Parte–, en su Observación General N° 9 (2006), entre otras recomendaciones vinculadas con los derechos de los niños con discapacidad, ha tenido oportunidad de destacar que las medidas adoptadas para la aplicación de tales derechos contenidos en la Convención, por ejemplo en los ámbitos de la educación y de la salud, deben dirigirse explícitamente a la inclusión máxima de esos niños en la sociedad (conf. Cap. II, pto. B, págs. 4/6).

5°) Que, en ese mismo sentido, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad –aprobada por la ley N° 26.378– reconoce que los niños y niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás, recuerda las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño y prevé que en todas las actividades relacionadas con los menores con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño (art. 7°).

6°) Que esta Corte ha señalado que los tribunales están obligados a atender primordialmente el citado interés, sobre todo cuando es doctrina del Tribunal que garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción (conf. Fallos: 331:2691 y causa V.24.XLVII “V., D. L. s/ restitución de menores – ejecución de sentencia”, pronunciamiento del 16 de agosto de 2011).

7°) Que el art. 7° del CH 1980 establece que las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido, que cumplen un rol primordial en los procesos de restitución, tienen la obligación de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio y el retorno seguro de los menores.

La primera parte de la Guía de Buenas Prácticas del mencionado convenio –elaborada por la Comisión Especial organizada por el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado–, específicamente destinada al funcionamiento de las Autoridades Centrales, contempla que dicha colaboración no sólo debería implicar contar con la asistencia de los agentes locales –fuerzas de seguridad, tribunales y organizaciones sociales–, sino también el aporte mutuo de información acerca de la asistencia jurídica, financiera y social, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente, de modo de facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos en el caso de resultar apropiado (conf. Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, pto. 3.18, pág. 42).

8°) Que por otra parte, el citado art. 7° también obliga a las Autoridades Centrales a prevenir que el menor sufra mayores daños –facul-

tándolas para adoptar las medidas provisorias que correspondan— y a garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. incs. b y h).

Sobre la base de dichas obligaciones, la mencionada Guía señala que los Estados Parte reconocen que las Autoridades Centrales tienen una obligación, en virtud del artículo 7(h), para asegurar que los organismos de protección a la infancia hayan sido alertados de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento del retorno en los casos en que su seguridad esté en entredicho, hasta que la competencia del tribunal apropiado haya sido invocada efectivamente. Asimismo, recomienda la implementación de “órdenes de retorno sin peligro del menor” (*safe return orders*), que no es más que establecer procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la cual el menor es retornado, todas las medidas provisionales de protección necesarias antes de la restitución (conf. ptos. 3.18 y 6.3, págs. 41/42 y 79, respectivamente).

9º) Que, en consecuencia, a fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor T.L. requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, hágase saber a la Autoridad Central argentina que —por medio de los mecanismos adecuados— deberá informar a la Autoridad Central del Estado requirente (República del Perú) acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la citada niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor.

Asimismo, en virtud de las obligaciones señaladas y del interés superior del niño que debe primar en este tipo de procesos, hágase saber a la Autoridad Central argentina que deberá poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso.

10) Que, por último, dado que el citado interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a ambos progenitores de T.L. y B.S. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más

conflictiva. Igual requerimiento cabe dirigir a la señora jueza a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se hace lugar a la demanda de restitución. Con costas (art. 68 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber a la Autoridad Central argentina lo establecido en el considerando 9°. Asimismo, esta Corte exhorta a los progenitores de los menores en los términos del considerando 10. Notifíquese, devuélvase y comuníquese con copia a la Autoridad Central argentina.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **F.C.F.R.**, representado por la Dra. **Inés Aldanondo, Defensora Ad-Hoc (Defensoría General de la Nación)**.

Traslado contestado por **Y.U. L.S.**, con el patrocinio letrado de la Dra. **Alicia T. Guardia**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Civil N° 12.**

MEZZADRA, JORGE OSCAR
c/ E.N. M° JUSTICIA Y DD.HH. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Cabe rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por el Estado Nacional contra la sentencia que lo condenó a la reparación de daños y perjuicios provocados al actor por la privación de su libertad en virtud de la prisión preventiva dispuesta en su contra así como la duración irrazonable —más de veinte años— del juicio penal que se le siguió, pues los magistrados que intervinieron en la causa incurrieron en una morosidad judicial manifiesta, grave y fuera de los términos

corrientes que establecen las normas procesales, por lo que la duración del proceso por más de dos décadas ha violado ostensiblemente las garantías del plazo razonable y del derecho de defensa del imputado, incurriendo la demandada en un incumplimiento o ejecución irregular del servicio de administración de justicia a su cargo, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

–En igual sentido: “Poggio, Oscar Roberto c/ E.N. - M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, y “Rizikow, Mauricio c/ E.N. - M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, sentencias de la fecha–.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Cabe rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por el Estado Nacional contra la sentencia que lo condenó a la reparación de daños y perjuicios provocados al actor por la privación de su libertad en virtud de la prisión preventiva dispuesta en su contra así como la duración irrazonable –más de veinte años– del juicio penal que se le siguió, debiendo desestimarse los agravios relativos a la decisión del *a quo* de resarcir el daño moral, pues el sometimiento a un proceso de una prolongada e inusitada duración le ha ocasionado al actor, cuanto menos, un padecimiento de esa índole, no ya por haber delinquido sino para saber si ha delinquido o no, y la decisión de fijar una indemnización en tal concepto no resulta pasible de tacha alguna y no puede ser revisada en la instancia extraordinaria ya que tal aspecto del pronunciamiento no fue materia de agravio ante la cámara.

–En igual sentido: “Rizikow, Mauricio c/E.N. - M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, sentencia de la fecha–.

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE.

La garantía de no ser sometido a un desmedido proceso penal impone al Estado la obligación de impartir justicia en forma tempestiva, de modo que existirá un obrar antijurídico que comprometa la responsabilidad estatal cuando se verifique que el plazo empleado por el órgano judicial para poner un final al pleito resulte, de acuerdo con las características particulares del proceso, excesivo o irrazonable.

–En igual sentido: “Poggio, Oscar Roberto c/ E.N. - M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, y “Rizikow, Mauricio c/ E.N. - M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, sentencias de la fecha–.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION.

Cabe declarar desierto el recurso ordinario de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia que condenó al Estado Nacional a la reparación de daños y perjuicios que le provocó la privación de su libertad en virtud de la prisión preventiva dispuesta en su contra así como la duración irrazonable –más de veinte años– del juicio penal que se le siguió, pues el memorial de agravios ante la Corte presenta defectos de fundamentación pues no contiene –como es imprescindible– una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el *a quo*, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos expues-

tos en el fallo, sin que la mera reedición de objeciones formuladas en instancias anteriores resulte suficiente para suplir las omisiones aludidas.

–En igual sentido: “Poggio, Oscar Roberto c/ E.N. - M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, y “Rizikow, Mauricio c/ E.N. - M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, sentencias de la fecha–.

COSTAS.

Cabe hacer lugar a los agravios referentes a la imposición de las costas de la segunda instancia, deducidos por el actor al recurrir la sentencia que condenó al Estado Nacional a la reparación de daños y perjuicios que le provocó la privación de su libertad en virtud de la prisión preventiva dispuesta en su contra así como la duración irrazonable –más de veinte años– del juicio penal que se le siguió, ya que los recursos de apelación de ambas partes fueron desestimados por la cámara por lo que no parece posible sostener, como se lo hizo en el fallo, que hubiera existido una única parte vencida, y tal circunstancia, sumada a las especiales características del pleito, lleva a revocar el fallo en este aspecto y disponer que las costas se impongan en el orden causado.

–En igual sentido: “Rizikow, Mauricio c/E.N. - M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, sentencia de la fecha–.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Aunque los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera la conclusión del carácter injustificado del retraso, pues el elevado número de asuntos en los que pudiera conocer el órgano jurisdiccional no legitima el retraso en resolver, ya que “el hecho de que las situaciones de atasco de los asuntos se conviertan en habituales no justifica la excesiva duración de un proceso” (Voto del Dr. Ricardo L. Lorenzetti).

–En igual sentido: “Poggio, Oscar Roberto c/ E.N. - M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, y “Rizikow, Mauricio c/ E.N. - M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, sentencias de la fecha–.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Mezzadra, Jorge Oscar c/ EN M° Justicia y DDHH s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar, parcialmente, a la demanda promovida contra el Estado Nacional por la reparación de los daños y perjuicios, condenándolo al pago de pesos cincuenta mil (\$ 50.000); con costas a la actora.

2º) Que contra lo así resuelto, el actor y la demandada interpusieron sendos recursos ordinarios de apelación (fs. 451 y 463, respectivamente), que fueron concedidos (fs. 492).

3º) Que el actor, Jorge Oscar Mezzadra, fallecido en mayo de 2005 (confr. fs. 414 y 454 vta.), promovió demanda por la suma de pesos siete millones quinientos cincuenta mil (\$ 7.550.000) en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le provocó la privación de su libertad en virtud de la prisión preventiva dispuesta en su contra así como la duración irrazonable (más de 20 años) del juicio penal, que se le siguió en la causa “Braceras, Luis Braulio y otros s/ contrabando”, más intereses y costas. Los hechos investigados datan de enero de 1976, denunciados por la Aduana, los que fueron subsumidos en el delito de ingreso de mercadería a plaza sin el debido control aduanero. En dicha causa el actor fue sobreseído el 25 de marzo de 1999, resolución que fue confirmada por la Cámara en lo Penal Económico el 29 de octubre de 1999.

4º) Que la jueza de primera instancia sostuvo que en la causa penal traída como prueba no se había reconocido la arbitrariedad de la prisión preventiva dispuesta respecto del actor, tampoco éste había negado en esa sede la participación en los hechos investigados y, además, no aportaba elemento alguno que permitiera llegar a la convicción de que la medida adoptada hubiese sido arbitraria. Por otra parte, estimó que el plazo que había durado la prisión preventiva –8 meses– no resultaba irrazonable en relación al delito investigado. Todas estas circunstancias llevaron a la magistrada a descartar la existencia de un error judicial que pudiera comprometer la responsabilidad del Estado. Sin embargo, consideró que pese a que en el caso no se configuraba un supuesto de responsabilidad del Estado por error judicial, las contundentes sentencias dictadas en la causa penal –en las que se destacaba, entre otros aspectos, que la irrazonabilidad de la duración del proceso constituía

una falta de respeto a la dignidad humana— ponían de manifiesto que no había existido por parte del Poder Judicial una debida administración de justicia durante la tramitación del proceso, circunstancia que obligaba a la demandada a reparar el daño producido como consecuencia de tal conducta estatal.

En cuanto al monto de la indemnización, sólo reconoció la procedencia del daño moral que, en atención a las especiales características del proceso, su duración y la edad del actor, fijó en \$ 50.000. Así, rechazó el daño psíquico reclamado con base en el informe del Cuerpo Médico Forense (fs. 297/300), que sostuvo que no era posible determinar la existencia misma de la incapacidad ni una relación causal entre los trastornos evidenciados con la demora en la resolución de la causa. También descartó que correspondiera restituir las erogaciones realizadas para la defensa de la causa penal, pues no habían sido suficientemente acreditadas. En cuanto a los gastos de terapia y asistencia psiquiátrica, consideró que el reclamo era improcedente pues el Cuerpo Médico Forense no había indicado la realización de tratamiento alguno. Tampoco estimó procedente el lucro cesante, ya que los daños imputados al Estado Nacional en ese concepto requerían, para su admisión, la existencia de un error judicial —sea en la promoción del juicio o en la detención ordenada—, lo que no había ocurrido en la causa.

5º) Que, frente a la apelación de ambas partes, la cámara, por mayoría, confirmó el fallo e impuso las costas de la segunda instancia a la actora.

Sostuvo que resultaba correcta la diferenciación efectuada por la jueza de primera instancia entre “error judicial” y “falta de servicio”, encuadrando en esta última la responsabilidad del Estado en el caso de autos (fs. 446 vta.). Así, precisó que la existencia de una falta de servicio de justicia consistió en la irregular actuación que determinó el largo lapso de 23 años en que el proceso debió tramitar. En su motivación transcribió lo referido por la Cámara Nacional en lo Penal Económico en la sentencia de fs. 3535/3537 de la causa penal, que reconocía que *“Esto de manera alguna implica que considero ‘razonable’, porque de hecho transcurrieron 15 años desde la iniciación de esta causa y casi 17 años desde que primitivamente ocurrió el hecho que diera origen a la presente. Además, nadie podrá negar que soportar un proceso por todo este tiempo ha sido una condena anticipada, la incertidumbre les ha acarreado, a los procesados en esta causa, un perjuicio no solamente físico sino también psíquico y moral que entiendo ha sido superior a la*

pena física –privación de la libertad– que les podría haber correspondido en caso de ser condenados si se hubiera probado fehacientemente su participación de cualquier manera en este supuesto evento delictivo. Este estado de incertidumbre y el correr de todos estos años son una falta de respeto a la dignidad humana [...]”.

Distinguió entre lo que fue la excesiva duración del proceso penal y el hecho de haber estado el actor detenido por el dictado de una prisión preventiva durante el transcurso de ese proceso. Respecto de esta última cuestión, con respaldo en precedentes de este Tribunal, confirmó el rechazo de la pretensión al sostener que “*no se advierte de la lectura de la causa penal que la prisión preventiva dispuesta sobre el actor haya sido arbitraria o infundada y sí queda claro que la misma obedeció al normal trámite de una causa penal que lo tenía como imputado*” (fs. 448) (“Rosa” Fallos: 322:2683 y “Balda” Fallos: 318:1990). Asimismo, entendió que la circunstancia de haber estado detenido no resultó más gravosa respecto de los otros imputados, ya que “*...la situación de distintos procesados durante la tramitación de una causa penal no tiene que ser uniforme y las medidas dictadas para uno no significa que deban ser decretadas para todos si la valoración de las circunstancias de hecho y prueba así no lo requieran*”.

En cuanto al monto de la indemnización, estimó adecuado lo resuelto por la jueza de primera instancia sobre el daño moral. Con respecto al daño psíquico, consideró que éste no surgía de la pericial realizada por el Cuerpo Médico Forense, por lo que cabía confirmar lo decidido. En relación a los gastos para su defensa, terapia y asistencia física aplicó los artículos 377 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que disponen que quien afirma la existencia de un hecho debe probarlo por los medios judiciales vigentes, lo que consideró no había ocurrido en el caso. Acerca del lucro cesante y la pérdida de chance, concluyó en que no se había demostrado suficientemente ni su existencia ni la relación de causalidad necesaria entre el obrar estatal y el posible daño invocado.

Finalmente, confirmó la decisión en cuanto había impuesto las costas en el orden causado.

6°) Que, en lo referente a la procedencia formal de los recursos deducidos, es preciso señalar que si bien esta Corte ha resuelto que el valor disputado en último término debe ponderarse en forma autónoma para cada apelante, sin tener en cuenta la eventualidad del progreso del

recurso ordinario de la otra parte (Fallos: 199:538; 210:434; 305:1874; 308:917 y 319:1688), también ha reconocido que, excepcionalmente, cuando se presentan determinadas particularidades, aplicar con estrictez la regla general importaría un excesivo rigor formal incompatible con el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio (Fallos: 322:293 y 325:1096). Tal situación excepcional se configura en el caso pues, si bien para el actor –que se agravia por considerar reducido el *quantum* de la condena, y solicita su elevación– el valor económico discutido supera el límite legal, para el demandado no lo supera, ya que el monto de condena asciende a la suma de \$ 50.000. Pero en razón de la relación inescindible que existe entre los recursos de ambas partes, se reabrirá íntegramente la controversia, por lo que no resulta razonable examinar si el monto de condena es justo si no se evalúa a la vez si es justo que exista condena.

En tales condiciones, corresponde considerar que, al apelar el actor con el fin de que se eleve el monto de la condena, el agravio del Estado Nacional –que replantea la cuestión de fondo– se incrementa hasta la pretensión de la contraria, que es el máximo perjuicio que podría sufrir como consecuencia del recurso. De ahí que ambos recursos ordinarios de apelación resulten admisibles.

7°) Que, ello asentado, cabe ingresar en primer término en el examen del planteo de la demandada pues en el supuesto de que se lo considere procedente resultará insustancial el estudio de la presentación del actor.

8°) Que a tales efectos es necesario señalar que la pretensión indemnizatoria del demandante se sustenta en la responsabilidad del Estado Nacional derivada de la dilación indebida del proceso penal al que fue sometido. No se ha puesto en tela de juicio una decisión jurisdiccional –a la cual se repute ilegítima– sino que lo que se imputa a la demandada es un funcionamiento anormal del servicio de justicia a su cargo. En consecuencia, el planteo no debe encuadrarse en el marco de la doctrina elaborada por esta Corte en materia de “error judicial” sino que deberá resolverse a la luz de los principios generales establecidos para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita.

9°) Que este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que no corresponde responsabilizar al Estado Nacional por la actuación legítima de los órganos judiciales (confr. causa P.209.XXXII “Porreca,

Héctor c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, del 19 de diciembre de 2000), pero consideró procedente el resarcimiento cuando durante el trámite de un proceso la actuación irregular de la autoridad judicial había determinado la prolongación indebida de la prisión preventiva efectiva del procesado, y ello le había producido graves daños que guardaban relación de causalidad directa e inmediata con aquella falta de servicio (Fallos: 322:2683). De ahí que corresponde examinar si en el caso concreto de autos –prolongación irrazonable de la causa penal– se ha producido un retardo judicial de tal magnitud que pueda ser asimilado a un supuesto de denegación de justicia pues de ser así se configuraría la responsabilidad del Estado por falta de servicio del órgano judicial. A tal fin debe examinarse la complejidad de la causa, el comportamiento de la defensa del procesado y de las autoridades judiciales (“Arisnabarreta, Rubén J. c/ E.N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación)”, Fallos: 332:2159).

10) Que el vicio de denegación de justicia se configura, según lo ha resuelto reiteradamente esta Corte, cuando a las personas se les impide acudir al órgano judicial para la tutela de sus derechos –derecho a la jurisdicción– y cuando la dilación indebida del trámite del proceso se debe, esencialmente, a la conducta negligente del órgano judicial en la conducción de la causa, que impide el dictado de la sentencia definitiva en tiempo útil (Fallos: 244:34; 261:166; 264:192; 300:152; 305:504; 308:694; 314:1757; 315:1553 y 2173; 316:35 y 324:1944).

11) Que el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el artículo 8 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y, a su vez, el artículo 25 al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

12) Que de modo coincidente con el criterio expuesto se ha expedido la Corte Europea de Derechos Humanos en diversos precedentes en los que consideró que se había violado el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en cuanto establece que “toda persona tiene derecho a que

su causa sea oída, equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley...". Para llegar a tal conclusión la Corte Europea evaluó el alcance del retraso judicial en razón de la complejidad de la causa, la conducta del solicitante y de las autoridades competentes (casos: "Ferrari c/ Italie" del 28 de julio de 1999 –publicado en "Revue trimestrielle des droits de l'homme", año 2000, pág. 531– y "Brochu c/ France" del 12 de junio del 2001 –publicada en "Dalloz", 2002, pág. 688–). En igual sentido pero con respecto a la dilación indebida de la prisión preventiva –con prisión efectiva– se ha expedido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe 2/97 del 11 de marzo de 1997 sobre diversos casos presentados por ciudadanos argentinos contra la República Argentina (publicado en La Ley, 1998-D-679).

13) Que de lo hasta aquí expuesto se desprende que la garantía de no ser sometido a un desmedido proceso penal impone al Estado la obligación de impartir justicia en forma tempestiva. De manera que existirá un obrar antijurídico que comprometa la responsabilidad estatal cuando se verifique que el plazo empleado por el órgano judicial para poner un final al pleito resulte, de acuerdo con las características particulares del proceso, excesivo o irrazonable.

14) Que a los fines de valorar el obrar estatal en el presente caso no puede dejar de señalarse que el proceso en el que resultó imputado el actor se inició el **3 de julio de 1978**, que el **6 de abril de 1979** se dispuso su procesamiento (fs. 610 del expte. penal) y que prestó declaración indagatoria el **25 de febrero de 1980** (fs. 1067 vta.). No obstante ello, recién el **7 de julio de 1992** se produjo el llamado de autos a sentencia (fs. 3380), recayendo pronunciamiento del Juzgado en lo Penal Económico N° 3 el **13 de agosto de 1993**. En ese fallo, se declaró extinguida la acción por duración irrazonable del proceso y se sobreseyó parcial y definitivamente a todos los procesados (fs. 3468/3475). Sin embargo, dicha sentencia fue anulada por la alzada el **24 de octubre de 1994** (fs. 3535/3537). Esto motivó un nuevo pronunciamiento, en este caso del Juzgado en lo Penal Económico N° 4 que, el **25 de marzo de 1999**, también declaró la prescripción de la acción penal y sobreseyó definitivamente al señor Mezzadra, decisión que fue confirmada por la alzada el **29 de octubre de 1999** (fs. 3758/3766).

15) Que lo reseñado en el considerando que antecede pone de manifiesto que el actor permaneció en carácter de procesado **durante más de veinte años** hasta obtener un pronunciamiento definitivo sobre

su situación. La irrazonabilidad de los plazos que insumió la causa fue resaltada por los distintos jueces que intervinieron en ella. En efecto, ya en 1989, los integrantes de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico hicieron hincapié en la larga data del proceso al que se encontraban sometidos los actores (confr. fallo de fs. 3092/3095). Más contundente resultan las afirmaciones del Juzgado N° 3 en lo Penal Económico, que entre otros aspectos de la causa, destaca que “...juzgar en 1993 hechos ocurridos en enero de 1976 y denunciados en julio de 1978, en un proceso que no sufrió circunstancias extraordinarias, resulta reñido con un elemental sentido de administración de Justicia...” (fs. 3473) y que “...la duración irrazonable de este proceso –repito– quince años a la fecha de iniciación de la causa y 16 años y medio de ocurrido el hecho investigado, hace que el principio del debido proceso se encuentre naturalmente transgredido...” (fs. 3473 vta.).

Igual tenor utilizó la Sala B de la Cámara en su sentencia de fs. 3535/3537, cuyas consideraciones fueron oportunamente transcritas en la que aquí se impugna. Tampoco para el juez de primera instancia que finalmente se pronunció en las actuaciones penales pasó desapercibida la extensa duración del pleito (confr. fallo de fs. 3704/3714, en especial fs. 3712).

16) Que por lo demás, y en consonancia con estas afirmaciones –que eximirían al tribunal de cualquier otra consideración respecto de la regularidad del obrar estatal– es posible apuntar algunas de las ineficiencias en la dirección del proceso que colaboraron con el retardo. Así, cabe destacar que la declaración indagatoria de dos de los imputados debió ser ampliada a solicitud del Fiscal Nacional en lo Penal Económico, **por considerar que no se les había preguntado sobre cuestiones fundamentales para dilucidar su responsabilidad en los hechos investigados** (fs. 1089/90). También, en el mismo sentido, puede mencionarse la deficiente confección de las cartas rogatorias cursadas a los Estados Unidos de Norteamérica que motivó su devolución por parte de la embajada de ese país (fs. 1490). Por lo demás, la propia cámara remarcó que ciertas actuaciones del fiscal y del juez de primera instancia provocaron “...un innecesario desgaste jurisdiccional, que importa un dispendio de esfuerzos que en modo alguno se han dirigido, como sería deseable, a profundizar la investigación...” (fs. 3094).

17) Que en su presentación, el Estado Nacional pretende relativizar las circunstancias reseñadas limitándose a señalar, a partir de genéricas e imprecisas afirmaciones, que la demora habría respondido

a la complejidad de los acontecimientos analizados y a la conducta del propio actor. Sin embargo, no se observa que los hechos investigados fueran extraordinariamente complejos o se hallaran sujetos a pruebas difíciles o de complicada, costosa o tardía recaudación. Así también lo entendió el juez de primera instancia en lo penal económico al sostener que se trató de “...*un proceso que no sufrió circunstancias extraordinarias...*” (fs. 3473). Tampoco se aprecia que la existencia de varios imputados haya sido un factor que pueda justificar la prosecución del proceso por más de dos décadas.

18) Que con relación a la actividad asumida por el procesado, la recurrente no identifica en forma suficiente las razones por la que ella pueda ser calificada como dilatoria. Además, sus afirmaciones también aparecen desvirtuadas por el juez penal económico, que destacó que “*en la actividad procesal de las partes no se observan tácticas ostensibles de demora fuera de las propias admitidas por el Código de Procedimientos en Materia Penal...*” (confr. fs. 3474 vta.).

19) Que todo lo expuesto permite afirmar sin lugar a dudas que los magistrados que intervinieron en la causa penal incurrieron en una morosidad judicial manifiesta, grave y fuera de los términos corrientes que establecen las normas procesales. En efecto, la duración del proceso por más de dos décadas ha violado ostensiblemente las garantías del plazo razonable y del derecho de defensa del señor Mezzadra, lo que pone de manifiesto que la demandada ha incurrido en un incumplimiento o ejecución irregular del servicio de administración de justicia a su cargo, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

20) Que en cuanto a los agravios relativos a la decisión del *a quo* de resarcir el daño moral, no caben dudas de que el sometimiento a un proceso de una prolongada e inusitada duración le ha ocasionado al actor, cuanto menos, un padecimiento de esa índole, no ya por haber delinquido sino para saber si ha delinquido o no. En este punto la decisión de la jueza de primera instancia de fijar una indemnización en tal concepto no resulta pasible de tacha alguna y no puede ser revisada en esta instancia pues este aspecto del pronunciamiento no fue materia de agravio ante la cámara por parte del Estado Nacional.

21) Que en lo atinente al recurso ordinario deducido por la parte actora, es menester señalar que el memorial de agravios ante esta Corte (fs. 501/513) presenta defectos de fundamentación pues no contiene –como es imprescindible– una crítica concreta y razonada de los

fundamentos desarrollados por el *a quo*, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos expuestos en el fallo, sin que la mera reedición de objeciones formuladas en instancias anteriores resulte suficiente para suplir las omisiones aludidas (Fallos: 289:329; 307:2216 y 325:3422).

22) Que, las alegaciones de la demandante orientadas a cuestionar el rechazo del rubro “daño psíquico” sólo ponen en evidencia su desacuerdo con el alcance que, tanto la jueza de primera instancia como la cámara, dieron a las pericias realizadas por el Cuerpo Médico Forense. El recurrente hace hincapié en ciertas afirmaciones del informe psicológico que, en su criterio, demostrarían la existencia de un daño psíquico permanente en el señor Mezzadra, mas no se hace cargo de lo que constituyó el argumento central de las sentencias dictadas en autos, esto es que, según lo señalado por la psicóloga forense, “...*No se puede establecer desde este Estudio, un nexo causal entre las afectaciones clínicas que dice padecer [el actor] y los sucesos que motivaron su presentación judicial...*” (confr. fs. 300). Por lo demás, se aduce una supuesta contradicción en dicho informe técnico —que obligaría al juez a indagar el contexto de los hechos—, sin embargo ese defecto de la pericia no fue objeto de impugnación en el momento procesal oportuno.

23) Que tampoco aparecen suficientemente sustentadas las objeciones relativas al rechazo del lucro cesante y la pérdida de chance ya que no se aportan elementos que permitan tener por demostrada, en forma clara e indudable, que fue la excesiva duración del proceso penal seguido contra el actor el hecho generador del daño cuya reparación se pretende. Por el contrario, la argumentación intentada por la recurrente relaciona este daño, no con la extensión de la causa penal, sino con la imputación de un delito y el dictado de su prisión preventiva, hechos respecto de los cuales no ha sido posible imputar responsabilidad al Estado Nacional (confr. fs. 509 vta. y fs. 510 vta.).

24) Que en cuanto al agravio relacionado con la fundamentación de la determinación de la suma de \$ 50.000 como reparación al daño moral, sus críticas resultan generales pues no individualizan concretamente cuales son los elementos de convicción o antecedentes obrantes en autos que permitirían descalificar la cuantificación del daño que efectuaron los magistrados de la causa.

25) Que, por último, corresponde hacer lugar a los agravios referentes a la imposición de las costas de la segunda instancia, ya que

los recursos de apelación de ambas partes fueron desestimados por la cámara por lo que no parece posible sostener, como se lo hizo en el fallo, que hubiera existido una única parte vencida. Esta circunstancia, sumada a las especiales características del pleito, lleva a revocar el fallo en este aspecto y disponer que las costas se impongan en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por todo lo expuesto, se rechaza el recurso ordinario interpuesto por la demandada y se declara desierto el deducido por la actora, excepto en lo relativo a las costas de la segunda instancia, las que se imponen por su orden. Las correspondientes a la presente instancia también se imponen en el orden causado, en atención a las particularidades que presenta la causa (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE
DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por su Sala V, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenó al Estado Nacional a pagar a la parte actora la suma de \$ 50.000 en concepto de resarcimiento del daño moral.

Contra ese pronunciamiento, ambas partes interpusieron sendos recursos ordinarios de apelación que fueron concedidos.

2º) Que el actor, Jorge Oscar Mezzadra, fallecido en mayo de 2005 (confr. fs. 414 y 454 vta.), promovió demanda con el objeto de que se le indemnizaran los daños y perjuicios (estimados en la suma de \$ 7.550.000) “ocasionados [como consecuencia de] la actuación irregular

y/o [deficiente] funcionamiento del servicio de justicia que en cuanto concierne al caso *sub lite*, se tradujo en la privación de la libertad –primero– y el ulterior estado de sometimiento a un proceso judicial [...] que se prolongó por [el inusitado período] de más de veinte años” (fs. 2), en referencia a la causa penal “Braceras, Luis Braulio y otros s/ contrabando”. Los hechos investigados datan de enero de 1976, denunciados por la Aduana, los que fueron subsumidos en el delito de ingreso de mercadería a plaza sin el debido control aduanero. En dicha causa el actor fue sobreseído el 25 de marzo de 1999, resolución que fue confirmada por la Cámara en lo Penal Económico el 29 de octubre de 1999.

3º) Que la jueza de primera instancia sostuvo que en la causa penal remitida como prueba no se había reconocido la arbitrariedad de la prisión preventiva dispuesta respecto del actor, que tampoco éste había negado en esa sede la participación en los hechos investigados y, además, que no aportaba elemento alguno que permitiera llegar a la convicción de que la medida adoptada hubiese sido arbitraria. Por otra parte, estimó que el plazo que había durado la prisión preventiva –8 meses– no resultaba irrazonable en relación con el delito investigado. Todas esas circunstancias llevaron a la magistrada a descartar la existencia de un error judicial que pudiera comprometer la responsabilidad del Estado. Sin embargo, consideró que pese a que en el caso no se configuraba un supuesto de responsabilidad del Estado por error judicial, las contundentes sentencias dictadas en la causa penal –en las que se destacaba, entre otros aspectos, que la irrazonabilidad de la duración del proceso constituía una falta de respeto a la dignidad humana– ponían de manifiesto que no había existido por parte del Poder Judicial una debida administración de justicia durante la tramitación del proceso, circunstancia que obligaba al demandado a reparar el daño producido como consecuencia de tal conducta.

En cuanto al monto de la indemnización, sólo reconoció la procedencia del daño moral que, en atención a las especiales características del proceso, su duración y la edad del actor, fijó en \$ 50.000. Así, rechazó el daño psíquico reclamado con base en el informe del Cuerpo Médico Forense (fs. 297/300) que sostuvo que no era posible determinar la existencia misma de la incapacidad ni una relación causal entre los trastornos evidenciados con la demora en la resolución de la causa. También descartó que correspondiera restituir las erogaciones realizadas para la defensa de la causa penal, pues no habían sido suficientemente acreditadas. En cuanto a los gastos de terapia y asis-

tencia psiquiátrica, consideró que el reclamo era improcedente pues el Cuerpo Médico Forense no había indicado la realización de tratamiento alguno. Tampoco estimó procedente el lucro cesante ya que los daños imputados al Estado Nacional en ese concepto sólo habrían podido ser admitidos si se hubiera verificado la existencia de un error judicial –sea en la promoción del juicio o en la detención ordenada–, lo que no había ocurrido en la causa.

4º) Que, frente a la apelación de ambas partes, la cámara, por mayoría, confirmó el fallo e impuso las costas de la segunda instancia a la actora.

Sostuvo que resulta correcta la diferenciación que efectuó la jueza de primera instancia entre “error judicial” y “falta de servicio”, por lo que encuadró en esta última la responsabilidad del Estado en el caso de autos (fs. 446 vta.). Así, precisó la existencia de una falta de servicio de justicia que consistió en la irregular actuación que determinó el largo lapso de 23 años en el que el proceso debió tramitar. En su motivación transcribió lo referido por la Cámara Nacional en lo Penal Económico en la sentencia de fs. 3535/3537 de la causa penal, que reconocía que “Esto de manera alguna implica que considero ‘razonable’, porque de hecho transcurrieron 15 años desde la iniciación de esta causa y casi 17 años desde que primitivamente ocurrió el hecho que diera origen a la presente. Además, nadie podrá negar que soportar un proceso por todo este tiempo ha sido una condena anticipada, la incertidumbre les ha acarreado, a los procesados en esta causa, un perjuicio no solamente físico sino también psíquico y moral que entiendo ha sido superior a la pena física –privación de la libertad– que les podría haber correspondido en caso de ser condenados si se hubiera probado fehacientemente su participación de cualquier manera en este supuesto evento delictivo. Este estado de incertidumbre y el correr de todos estos años son una falta de respeto a la dignidad humana [...]”.

Distinguió entre lo que fue la excesiva duración del proceso penal y el hecho de haber estado el actor detenido por el dictado de una prisión preventiva durante el transcurso de ese proceso. Respecto de esta última cuestión, con respaldo en precedentes de este Tribunal confirmó el rechazo de la pretensión, al sostener que “no se advierte de la lectura de la causa penal que la prisión preventiva dispuesta sobre el actor haya sido arbitraria o infundada y sí queda claro que la misma obedeció al normal trámite de una causa penal que lo tenía como imputado” (fs. 448) (“Rosa”, Fallos: 322:2683 y “Balda”, Fallos: 318:1990).

Asimismo, entendió que la circunstancia de haber estado detenido no resultó más gravosa respecto de los otros imputados, ya que "...la situación de distintos procesados durante la tramitación de una causa penal no tiene que ser uniforme y las medidas dictadas para uno no significa que deban ser decretadas para todos si la valoración de las circunstancias de hecho y prueba así no lo requieran".

En cuanto al monto de la indemnización estimó adecuado lo resuelto por la jueza de primera instancia sobre el daño moral. Con respecto al daño psíquico, consideró que éste no surgía de la pericia realizada por el Cuerpo Médico Forense, por lo que cabía confirmar lo decidido. Acerca de los gastos para su defensa, terapia y asistencia física aplicó los artículos 377 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto disponen que quien afirma la existencia de un hecho debe probarlo por los medios judiciales vigentes, lo que consideró no había ocurrido en el caso. Acerca del lucro cesante y la pérdida de chance, concluyó en que no se había demostrado suficientemente ni su existencia ni la relación de causalidad necesaria entre el obrar estatal y el posible daño invocado.

Finalmente, confirmó la decisión en cuanto había impuesto las costas en el orden causado.

5º) Que en cuanto a la procedencia formal de los recursos deducidos, es preciso señalar que si bien esta Corte ha resuelto que el valor disputado en último término debe ponderarse en forma autónoma para cada apelante, sin tener en cuenta la eventualidad del progreso del recurso ordinario de la otra parte (Fallos: 199:538; 210:434; 305:1874; 308:917 y 319:1688), también ha reconocido que, excepcionalmente, cuando se presentan determinadas particularidades, aplicar con estrictez la regla general importaría un excesivo rigor formal incompatible con el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio (Fallos: 322:293 y 325:1096). Tal situación excepcional se configura en el caso pues si bien para el actor —que únicamente se agravia por considerar exiguo el *quantum* de la condena fijado por la cámara en concepto de daño moral y por no haberse reconocido la procedencia de diversos ítems indemnizatorios— el valor económico discutido supera el límite legal, para el demandado no lo supera, ya que el monto de condena asciende, como se vio, a la suma de \$ 50.000. Pero en razón de la relación inescindible que existe entre los recursos de ambas partes, se reabriría íntegramente la controversia, por lo que no resulta razonable

examinar si el monto de condena es justo si no se evalúa a la vez si es justo que exista condena.

En tales condiciones, corresponde considerar que, al apelar el actor con el fin de que se eleve el monto de la condena, el agravio del Estado Nacional –que controvierte la admisión de un supuesto de actuación irregular de los órganos judiciales en el proceso penal y la consecuente condena a resarcir los daños y perjuicios– se incrementa hasta la pretensión de la contraria, que es el máximo perjuicio que podría sufrir como consecuencia del recurso. De ahí que ambos recursos ordinarios de apelación resulten admisibles.

6º) Que, ello asentado, cabe examinar en primer término los planteos del demandado ya que en el supuesto de que se lo considere procedente resultará insustancial el estudio de la presentación del actor.

7º) Que a tales efectos es necesario señalar que la pretensión indemnizatoria del demandante se sustenta en la responsabilidad del Estado Nacional derivada de la dilación indebida del proceso penal al que fue sometido. No se ha puesto en tela de juicio una decisión jurisdiccional –a la cual se reputa ilegítima– sino que lo que se imputa al demandado es un funcionamiento anormal del servicio de justicia a su cargo. En consecuencia, el planteo no debe encuadrarse en el marco de la doctrina elaborada por esta Corte en materia de “error judicial” sino que deberá resolverse a la luz de los principios generales establecidos para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita.

8º) Que este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que no corresponde responsabilizar al Estado Nacional por la actuación legítima de los órganos judiciales (confr. causa: P.209.XXXII “Porreca, Héctor c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, del 19 de diciembre de 2000), pero consideró procedente condenarlo cuando durante el trámite de un proceso la actuación irregular de la autoridad judicial había determinado la prolongación indebida de la prisión preventiva efectiva del procesado, y ello le había producido graves daños que guardaban relación de causalidad directa e inmediata con aquella falta de servicio (Fallos: 322:2683, entre otros).

En el caso *sub examine*, sin embargo, se presenta, como se advierte, una situación distinta de la anterior.

9º) Que el estado de derecho exige no sólo que los ciudadanos tengan garantizado el derecho a la jurisdicción y a la defensa en juicio, sino también que el acceso a tales garantías esté gobernado por el postulado de la celeridad. En tal sentido, y en particular en materia penal, esta Corte ha decidido en reiteradas oportunidades que la garantía del debido proceso (artículo 18 de la Constitución Nacional) incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve posible a la situación de incertidumbre y a las restricciones que comporta el enjuiciamiento penal, aun sin prisión preventiva efectiva (Fallos: 272:188; 298:50; 300:226; 302:1333; 306:1688; 310:1476; 316:2063 y 323:982, entre otros). Se resolvió, además, que si se tienen en cuenta los valores en juego en el juicio penal resulta imperativo satisfacer el derecho de toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal (doctrina de Fallos: 318:665, causa “González, Heriberto s/ corrupción casación”).

10) Que no es dudoso, pues, que nuestra Constitución Nacional –como derivación del derecho al debido proceso– garantice también, de modo innominado, el derecho a que las personas vean definidos sus derechos con arreglo a un proceso sin indebidas dilaciones, lo cual, ciertamente, es predicable respecto de cualquier tipo de proceso, no sólo el penal, aunque este último caso pudiera representar notoriamente el supuesto más sensible.

En tal sentido, cabe observar que concordemente con lo anterior, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como garantía judicial contra cualquier acusación penal, o para la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, fiscal, etc., el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente “...dentro de un plazo razonable...” (artículo 8º, inc. 1º), lo cual comprende, desde luego, el derecho de obtener una sentencia sobre el punto disputado.

11) Que el derecho humano a un procedimiento judicial gobernado por el principio de celeridad, sin dilaciones indebidas, está íntimamente vinculado con el concepto de denegación de justicia que, como lo ha destacado esta Corte, se configura no sólo cuando a las personas se les impide acudir al órgano judicial para la tutela de sus derechos –derecho a la jurisdicción– sino también cuando la postergación del trámite del

proceso se debe, esencialmente, a la conducta irregular del órgano judicial en la conducción de la causa, que impide el dictado de la sentencia definitiva en tiempo útil (Fallos: 244:34; 261:166; 264:192; 300:152; 305:504; 308:694; 314:1757; 315:1553 y 2173; 316:35 y 324:1944).

Corresponde, pues, delimitar conceptualmente cuándo puede entenderse que existe dilación indebida en el trámite de un proceso, que trasciende en un caso de denegación de justicia. Ello como paso preliminar y necesario al examen de la eventual responsabilidad estatal por el actuar de sus órganos de justicia.

12) Que, en ese orden de ideas, el Tribunal Europeo para los Derechos del Hombre, al establecer el alcance del concepto de “plazo razonable” contenido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (norma que es similar al artículo 8º, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), señaló primeramente para los procesos penales (asuntos “Neumeister” y “Ringelsen”) y, posteriormente, para los procedimientos ante las jurisdicciones administrativas (caso “König”), que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente “...la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales...” (C.E.D.H., *Affaire König*, sentencia del 23 de abril de 1977, serie A, núm. 27, pág. 34; el mismo tribunal europeo ha reiterado el criterio en los precedentes “Guzzardi”, “Buchholz”, “Foti y otros”, “Corigliano” —citados todos por el Tribunal Constitucional español en su sentencia N° 36 del 14 de marzo de 1984—; “Ferrari c/ Italie” del 28 de julio de 1999 —reg. en “Revue trimestrielle des droits de l’homme”, año 2000, p. 531—; y “Brochu c/ France”, del 12 de junio de 2001 —“Daloz”, 2002, p. 688—).

Ciertamente, la pertinencia de acudir a elementos ponderativos como los indicados u otros posibles (vgr. el margen de duración de procedimientos similares; las consecuencias que se siguen de las presuntas demoras; etc.), viene dada de modo necesario porque el concepto de “plazo razonable”, como igualmente el concepto de “proceso sin dilaciones indebidas” que aparece, con idéntico sentido normativo, en el artículo 24, ap. 2, de la Constitución española, es manifiestamente un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico, tal como lo ha puesto de manifiesto el Tribunal

Constitucional español en reiteradas ocasiones (conf. sentencia N° 36 del 14 de marzo de 1984; N° 160 del 4 de octubre de 2004; N° 177 del 18 de octubre de 2004; etc.).

13) Que, en este punto del análisis, corresponde traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional español (sentencia N° 177/2004), con pareja proyección para el derecho argentino, en cuanto a que:

a) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que habrá de ser el más breve posible.

b) Junto con la autonomía del derecho fundamental en cuestión, proclamada en una reiterada y conocida doctrina constitucional, se ha destacado también su doble faceta prestacional y reaccional. La primera consiste en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, y supone que los jueces y tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela. A su vez la faceta reaccional actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas.

c) En cuanto al alcance objetivo del derecho de que se trata, resulta invocable en toda clase de procesos, si bien en el penal, en el que las dilaciones indebidas pueden constituir una suerte de *poena naturalis*, debe incrementarse el celo del juzgador a la hora de evitar su consumación y, asimismo, en las sucesivas fases e instancias por las que discurre el proceso, incluida la ejecución de sentencias.

d) Por otra parte, es reiterada doctrina constitucional que el reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no ha supuesto la constitucionalización del derecho a los plazos procesales establecidos por las leyes. Antes bien, como se dijo, el carácter razonable de la duración de un proceso debe ser apreciado mediante la aplicación a las circunstancias del caso concreto.

e) Finalmente se requiere que quien reclama por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas haya denunciado oportunamente la dilación ante el órgano jurisdiccional y, asimismo, que haya dado a éste un tiempo que razonablemente le permita remediar la dilación. De ahí que sólo en los casos en los que, tras la denuncia del interesado, los órganos judiciales no hayan adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable —entendiendo por tal aquel que le permita adoptar las medidas necesarias para poner fin a la paralización denunciada— podrá entenderse que la vulneración constitucional invocada no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria. Por el contrario, en aquellos casos en los que los órganos judiciales hayan atendido esta queja y, en consecuencia, hayan adoptado las medidas pertinentes para hacer cesar las dilaciones denunciadas dentro de dicho plazo razonable o prudencial, deberá entenderse que la vulneración del derecho a las dilaciones indebidas ha sido reparada en la vía judicial ordinaria sin que el retraso en que haya podido incurrir la tramitación de este proceso tenga ya relevancia constitucional, pues, tal y como se ha señalado, para que pueda apreciarse que dicho retraso es constitutivo de una dilación indebida con relevancia constitucional no es suficiente sólo con que se haya dictado una resolución judicial en un plazo que no sea razonable, sino que es requisito necesario que el recurrente haya dado al órgano judicial la posibilidad de hacer cesar la dilación y que éste haya desatendido la queja, mediando un plazo prudencial entre la denuncia de las dilaciones y la presentación de la demanda.

14) Que, por otra parte, el esquema interpretativo no podría cerrarse sin destacar que aunque los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera la anterior conclusión del carácter injustificado del retraso (Tribunal Constitucional español, sentencia N° 7 del 10 de enero de 1995), pues el elevado número de asuntos en los que pudiera conocer el órgano jurisdiccional no legitima el retraso en resolver, ya que “el hecho de que las situaciones de atasco de los asuntos se conviertan en habituales no justifica la excesiva duración de un proceso” (Tribunal Constitucional español, sentencias N° 195, del 11 de noviembre de 1997 y N° 160 del 4 de octubre de 2004; Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, caso “Unión Alimentaria Sanders”, sentencia del 7 de julio de 1989). Y ello, desde luego, sin que corresponda a esta Corte entrar

a valorar los evidentes problemas estructurales del funcionamiento de la administración de justicia.

15) Que a la luz de la doctrina constitucional expuesta corresponde examinar el caso *sub examine*.

El proceso penal en el que el actor resultó imputado se inició el 3 de julio de 1978; el 6 de abril de 1979 se dispuso su procesamiento (fs. 610 del expte. penal); y prestó declaración indagatoria el 25 de febrero de 1980 (fs. 1067 vta.). No obstante ello, sólo el 7 de julio de 1992 se produjo el llamado de autos a sentencia (fs. 3380) y recayó pronunciamiento del titular del juzgado en lo Penal Económico N° 3 el 13 de agosto de 1993. En ese fallo, se declaró extinguida la acción por duración irrazonable del proceso y se sobreseyó parcial y definitivamente a todos los procesados (fs. 3468/3475). Sin embargo, la decisión fue anulada por la alzada el 24 de octubre de 1994 (fs. 3535/3537). Esto motivó un nuevo pronunciamiento, en este caso del titular del Juzgado en lo Penal Económico N° 4 que, el 25 de marzo de 1999, también declaró la prescripción de la acción penal y sobreseyó definitivamente al señor Mezzadra, decisión que fue confirmada por la alzada el 29 de octubre de 1999 (fs. 3758/3766).

16) Que lo reseñado precedentemente pone de manifiesto que el actor permaneció en carácter de procesado durante más de veinte años hasta obtener un pronunciamiento definitivo sobre su situación. La irrazonabilidad de los plazos que insumió la causa fue resaltada por los distintos jueces que intervinieron en ella. En efecto, ya en 1989, los integrantes de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico hicieron hincapié en la larga data del proceso al que se encontraban sometidos los actores (confr. fallo de fs. 3092/3095). Más contundente resultan las afirmaciones del titular del Juzgado N° 3 en lo Penal Económico quien, entre otros aspectos de la causa, destaca que "...juzgar en 1993 hechos ocurridos en enero de 1976 y denunciados en julio de 1978, en un proceso que no sufrió circunstancias extraordinarias, resulta reñido con un elemental sentido de administración de Justicia..." (fs. 3473) y que "...la duración irrazonable de este proceso –repito– quince años a la fecha de iniciación de la causa y 16 años y medio de ocurrido el hecho investigado, hace que el principio del debido proceso se encuentre naturalmente transgredido..." (fs. 3473 vta.).

Igual tenor utilizó la Sala B de la Cámara en su decisión de fs. 3535/3537, cuyas consideraciones fueron oportunamente trans-

criptas en la sentencia que aquí se impugna. Tampoco para el juez de primera instancia que finalmente se pronunció en las actuaciones penales pasó desapercibida la extensa duración del pleito (confr. fallo de fs. 3704/3714, en especial fs. 3712).

17) Que por lo demás, y en consonancia con estas afirmaciones –que eximirían al tribunal de cualquier otra consideración respecto de la regularidad del obrar estatal– es posible apuntar algunas de las ineficiencias en la dirección del proceso que colaboraron con el retardo. Así, cabe destacar que la declaración indagatoria de dos de los imputados debió ser ampliada a solicitud del Fiscal Nacional en lo Penal Económico, por considerar que no se les había preguntado sobre cuestiones fundamentales para dilucidar su responsabilidad en los hechos investigados (fs. 1089/90). También, en el mismo sentido, puede mencionarse la deficiente confección de las cartas rogatorias cursadas a los Estados Unidos de Norteamérica que motivó su devolución por parte de la embajada de ese país (fs. 1490). Por lo demás, la propia cámara remarcó que ciertas actuaciones del fiscal y del juez de primera instancia provocaron “...un innecesario desgaste jurisdiccional, que importa un dispendio de esfuerzos que en modo alguno se han dirigido, como sería deseable, a profundizar la investigación...” (fs. 3094).

18) Que en su presentación, el Estado Nacional pretende relativizar las circunstancias reseñadas limitándose a señalar, a partir de genéricas e imprecisas afirmaciones, que la demora habría respondido a la complejidad de los acontecimientos analizados y a la conducta del propio actor. Sin embargo, no se observa que los hechos investigados fueran extraordinariamente complejos o se hallaran sujetos a pruebas difíciles o de complicada, costosa o tardía recaudación. Así también lo entendió el juez de primera instancia en lo penal económico al sostener que se trató de “...un proceso que no sufrió circunstancias extraordinarias...” (fs. 3473). Tampoco se aprecia que la existencia de varios imputados haya sido un factor que pueda justificar la prosecución del proceso por más de dos décadas.

19) Que con relación a la actividad asumida por el procesado, la recurrente no identifica en forma suficiente las razones por la que ella pueda ser calificada como dilatoria. Además, sus afirmaciones también aparecen desvirtuadas por el juez penal económico, que destacó que “en la actividad procesal de las partes no se observan tácticas ostensibles de demora fuera de las propias admitidas por el Código de Procedimientos en Materia Penal...” (confr. fs. 3474 vta.).

20) Que todo lo expuesto permite afirmar sin lugar a dudas que los magistrados que intervinieron en la causa penal incurrieron en una morosidad judicial manifiesta, grave y fuera de los términos corrientes que establecen las normas procesales. En efecto, la duración del proceso por más de dos décadas ha violado ostensiblemente las garantías del plazo razonable y del derecho de defensa del señor Mezzadra, lo que pone de manifiesto que la demandada ha incurrido en un incumplimiento o ejecución irregular del servicio de administración de justicia a su cargo, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

21) Que la decisión de la jueza de primera instancia de condenar al resarcimiento del daño moral sufrido por el actor no puede ser examinada en esta instancia ya que no fue materia de agravio ante la cámara por parte del Estado Nacional.

22) Que en cuanto al recurso ordinario deducido por la parte actora, es menester señalar que el memorial de agravios ante esta Corte (fs. 501/513) presenta defectos de fundamentación pues no contiene –como es imprescindible– una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el *a quo*, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos expuestos en el fallo, sin que la mera reedición de objeciones formuladas en instancias anteriores resulte suficiente para suplir las omisiones aludidas (Fallos: 289:329; 307:2216 y 325:3422).

23) Que, las alegaciones de la demandante orientadas a cuestionar el rechazo del rubro “daño psíquico” sólo ponen en evidencia su desacuerdo con el alcance que, tanto la jueza de primera instancia como la cámara, dieron a las pericias realizadas por el Cuerpo Médico Forense. El recurrente hace hincapié en ciertas afirmaciones del informe psicológico que, en su criterio, demostrarían la existencia de un daño psíquico permanente en el señor Mezzadra, mas no se hace cargo de lo que constituyó el argumento central de las sentencias dictadas en autos, esto es que, según lo señalado por la psicóloga forense, “...No se puede establecer desde este Estudio, un nexo causal entre las afectaciones clínicas que dice padecer [el actor] y los sucesos que motivaron su presentación judicial...” (confr. fs. 300). Por lo demás, se aduce una supuesta contradicción en dicho informe técnico –que obligaría al juez a indagar el contexto de los hechos–; sin embargo ese defecto de la pericia no fue objeto de impugnación en el momento procesal oportuno.

24) Que tampoco aparecen suficientemente sustentadas las objeciones relativas al rechazo del lucro cesante y la pérdida de chance ya que no se aportan elementos que permitan tener por demostrada, en forma clara e indudable, que fue la excesiva duración del proceso penal seguido contra el actor el hecho generador del daño cuya reparación se pretende. Por el contrario, la argumentación intentada por la recurrente relaciona este daño, no con la extensión de la causa penal, sino con la imputación de un delito y el dictado de su prisión preventiva, hechos respecto de los cuales no ha sido posible imputar responsabilidad al Estado Nacional (confr. fs. 509 vta. y fs. 510 vta.).

25) Que en cuanto al agravio relacionado con la fundamentación de la determinación de la suma de \$ 50.000 como reparación al daño moral, sus críticas resultan generales pues no individualizan concretamente cuales son los elementos de convicción o antecedentes obrantes en autos que permitirían descalificar la cuantificación del daño que efectuaron los magistrados de la causa.

26) Que, por último, corresponde hacer lugar a los agravios referentes a la imposición de las costas de la segunda instancia, ya que los recursos de apelación de ambas partes fueron desestimados por la cámara por lo que no parece posible sostener, como se lo hizo en el fallo, que hubiera existido una única parte vencida. Esta circunstancia, sumada a las especiales características del pleito, lleva a revocar el fallo en este aspecto y disponer que las costas se impongan en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se rechaza el recurso ordinario interpuesto por el Estado Nacional y se declara desierto el recurso ordinario deducido por la parte actora, excepto en lo relativo a las costas de la segunda instancia, las que se imponen por su orden. Las correspondientes a la presente instancia también se imponen en el orden causado, en atención a las particularidades que presenta la causa (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso ordinario deducido por **Oscar Leonardo Mezzadra, administrador provi-**
sional de la sucesión de Jorge Oscar Mezzadra, representado por los **Dres. Carlos**
Armando Leichner, Horacio Alberto Murray y Jorge A. S. Barbagelata; y

el **Estado Nacional** representado por el **Dr. Jorge Somachini** y patrocinado por el **Dr. Norberto Salvador Bisaro**.

Memorial de Oscar Leonardo Mezzadra, administrador provisional de la sucesión de Jorge Oscar Mezzadra, representado por los **Dres. Carlos A. Leichner, Horacio A. Murray y Jorge A. S. Barbagelata** y patrocinado por el **Dr. José María Williner**, traslado contestado por el **Estado Nacional** representado por el **Dr. Jorge E. Piraino** y patrocinado por el **Dr. Norberto Salvador Bisaro**.

Memorial del Estado Nacional, representado por los **Dres. Jorge Somaschini y Jorge F. Piraino** y patrocinados por el **Dr. Norberto Salvador Bisaro**, traslado contestado por **Oscar Leonardo Mezzadra, administrador provisional de la sucesión de Jorge Oscar Mezzadra**, representado por los **Dres. Carlos Armando Leichner, Horacio Alberto Murray y Jorge A. S. Barbagelata** y patrocinado por el **Dr. José María Williner**.

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° 8, Secretaría N° 15**.

NAPOLI, CARLOS ALBERTO c/ CITIBANK N.A. s/ HABEAS DATA

HABEAS DATA.

Cabe confirmar la sentencia que dispuso que la entidad financiera demandada cancele la información que luce en sus registros referente al actor –deudas por saldo impago de tarjeta de crédito– y comunique tal circunstancia al Banco Central de la República Argentina a los efectos que sea dado de baja en la central de deudores del sistema financiero, pues no resulta del texto de la ley 25.326 –ni puede inferirse de su génesis– que el plazo de cinco años deba quedar pospuesto mientras la deuda sea exigible por no haberse operado a su respecto la prescripción, si precisamente la intención del legislador ha sido consagrar un plazo más breve que el que se había sugerido originariamente (de 10 años), y que había obedecido a la finalidad de hacerlo coincidir con el plazo de prescripción.

HABEAS DATA.

Del texto del artículo 26 del decreto N° 1558/01, en relación a las obligaciones que no han sido extinguidas, surge que el plazo de cinco años, durante el cual se puede archivar la información, debe ser contado “...a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible”, y la imprecisión o poca claridad que exhibe dicha norma reglamentaria –cuya constitucionalidad no ha sido impugnada– acerca del momento en que comienza a correr aquel plazo, debe subsanarse mediante una interpretación que, sin excluir su literalidad, se ajuste estrictamente a la voluntad del legislador que

dictó la ley 25.326, evitándose toda inteligencia que en los hechos implique una postergación sine die, o una excesiva tardanza en el inicio del cómputo del plazo que se examina, puesto que ello se opone al declarado propósito de lograr una reinsertión del afectado en el circuito comercial o financiero.

DERECHO AL OLVIDO.

Cuando el artículo 26 del decreto 1558/01 fija como hito, “la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible”, esta expresión debe ser entendida como el último dato –en su sentido cronológico– que ha ingresado al archivo, registro o base de datos, en la medida en que, como reza el artículo 26 de la ley N° 25.326, se trate de datos “significativos” para evaluar la solvencia económica-financiera de los afectados, no pudiendo considerarse como última información archivada, la asentada en un registro por el sólo hecho de ser la constancia final de una serie o sucesión de datos, si –como en el caso– se trata de una mera repetición de la misma información que, sin novedad o aditamento alguno, ha sido archivada durante los meses o años anteriores.

DERECHO AL OLVIDO.

Dado que al inicio de la acción de hábeas data se hallaba superado el plazo de cinco años previsto en el artículo 26 del decreto N° 1558/01 –reglamentario de la ley N° 25.326–, desde la fecha en que se consignó que la actora se encontraba en “situación 5” por transcurrir un año desde que las respectivas deudas de tarjeta de crédito se hicieran exigibles, corresponde suprimir dicha información de la Central de Deudores del Sistema Financiero, debiendo la demandada solicitar al Banco Central de la República Argentina que practique las modificaciones necesarias en tal sentido en la referida base de datos, en los términos de lo dispuesto por el artículo 16, segundo párrafo del decreto aludido, pero el cumplimiento de este mandato no tendrá el efecto de impedir al Banco Central la preservación de esos datos fuera del acceso público, así como su utilización para el cumplimiento de sus deberes de supervisión y control sobre las entidades financieras, como tampoco ha de interferir en la observación de las directivas técnicas concernientes a la previsión que deben hacer las entidades financieras en respaldo de sus activos.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los magistrados integrantes de la Sala “3” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en lo que interesa a los

fines de este dictamen, revocaron la resolución del juez de grado y, en consecuencia, dispusieron que el demandado “Citibank N.A.” cancele la información que luce en sus registros referentes al actor y comunique dicha circunstancia al Banco Central de la República Argentina a los efectos que sea dado de baja en la central de deudores del sistema financiero (v. fs. 330/332 vta.).

Para así decidir, relataron que en autos, el actor requirió que los datos acerca de sus deudas por saldo impago de \$ 1.379 de una tarjeta de crédito “Mastercard”, y por monto insoluto de \$ 2.212,43 de una tarjeta “Diners”, fuesen eliminados de la Base de Datos de Deudores del Sistema Financiero del Banco Central de la República Argentina, por tratarse de una información enviada por el demandado que había caducado por el transcurso del tiempo según el “derecho al olvido” consagrado por el artículo 26, inciso 4º, de la ley 25.326 y el artículo 26, inciso 3º, del decreto reglamentario 1558/01. Precisarón que, del peritaje contable de fs. 257/258 surge que el saldo insoluto de la tarjeta “Diners” era de noviembre de 1995, y que la situación de mora de la tarjeta “Mastercard”, conforme a la aclaración formulada por la perito a fs. 274, se remontaba a noviembre de 1996, habiéndose incoado la demanda el 15 de octubre de 2003, basada en la caducidad de los datos por el vencimiento del término de cinco años que establece la norma citada y su decreto reglamentario.

Razonaron que dichas disposiciones, le reconocen el “derecho al olvido” al deudor moroso que no ha cancelado la deuda –la que puede ser exigible inclusive por vía judicial–, conclusión que, para los juzgadores, fluye sin esfuerzo de la circunstancia de que la normativa ha previsto dos plazos diferentes según se trate de deudas impagas (cinco años), o canceladas (dos años).

En esas condiciones –prosiguieron– cabe hacer lugar al requerimiento del actor, por cuanto el artículo 26, inciso 3º, del decreto 1558/01, dispuso que los cinco años se contarán a partir de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible. En virtud de ello, concluyeron que la calificación 5 –como deudor irrecuperable– que se informó, se originó con la mora del deudor (conforme peritaje contable de fs. 257/58 y 274) y, por consiguiente, a partir de ese hito corresponde el cómputo del plazo, sin que tenga incidencia al respecto, que esa información sea mantenida por el acreedor año a año, durante un período indeterminado que culmine –de ser computado– derogando en los hechos el régimen de la ley.

– II –

Contra este pronunciamiento, el demandado interpuso el recurso extraordinario de fs. 337/350 vta., cuya denegatoria de fs. 361 y vta. motiva la presente queja.

Tacha de arbitraria a la sentencia, reprochando que no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa.

Señala que, de acuerdo a la normativa aplicable (comunicaciones del Banco Central de la República Argentina: “A” 2216; “A” 2729 y demás subsiguientes), las entidades financieras tienen el deber legal de notificar a dicho organismo el detalle y estado de sus acreencias, información que refleja también el resultado de sus estados contables; todo ello a modo de contribuir a la previsibilidad y transparencia de las transacciones económicas.

Luego de examinar los artículos de la ley sobre protección de los datos personales y de su decreto reglamentario, sostiene que el ordenamiento dispuso como regla general que los datos de riesgo crediticio serán siempre de lícito tratamiento en tanto se refieran a una obligación subsistente, y desde su nacimiento hasta su extinción, cualquiera fuera la causa de ésta. La ley –prosigue– previó dos plazos de caducidad de dicha información en cuanto a su conservación y cesión: por un lado, el de cinco años para reglar la vigencia de aquellas deudas impagas que por el transcurso del tiempo y la imposibilidad del acreedor de reclamar el pago al deudor, han devenido inexigibles, el cual “...se contará a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible”; y por otro, el plazo reducido de dos años “...cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho.” (los destacados y subrayados son del recurrente).

Afirma que resulta acertado que la conservación por parte del Banco Central y/o de las empresas destinadas a almacenar y suministrar al público la información relativa a una deuda prescripta por la imposibilidad de pago del deudor, lo sea por un tiempo más prolongado que el segundo supuesto, en el cual el interés del acreedor se encuentra satisfecho. El plazo de cinco años –sostiene–, debe necesariamente computarse a partir de la extinción del término para que el cobro de dicha deuda pueda exigirse al deudor.

Manifiesta que, de quedar firme el fallo recurrido, su parte carecería de respaldo en sus asientos contables para perseguir el cobro de un crédito legítimo, con lo cual se llegaría al absurdo de impedir la conservación de deudas todavía exigibles en la base de datos destinada para ello, a la par que se le imposibilitaría cumplir con la obligación legal que le está impuesta por la normativa vigente (en las citadas comunicaciones del Banco Central), exponiéndolo a las sanciones previstas en la ley 21.526 de entidades financieras para el incumplimiento de tal imposición.

Concluye que el mencionado “derecho al olvido” únicamente debe conferirse respecto de datos personales caducos, es decir, aquellos cuya conservación ha perdido vigencia y finalidad. Por lo tanto, el plazo de caducidad de cinco años puede solamente computarse a partir del momento de la extinción de la deuda (siendo ésta la última “información adversa” a la que se refiere la ley y el decreto reglamentario) y jamás a partir de la mora de la obligación que se informa en la Central de Deudores del Sistema Financiero.

– III –

No obstante que los agravios precedentemente reseñados han sido propuestos a título de arbitrariedad, estimo que se encuentra controvertida la inteligencia de normas de carácter federal –como lo son el artículo 26, inciso 4°, de la ley 25.326 y su decreto reglamentario N° 1558/01– y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido adversa al derecho que el apelante pretende fundar en ellas, razón por la cual, existe cuestión federal bastante para habilitar la vía extraordinaria (v. doctrina de Fallos: 321:1047; 322:3092; 324:1848; 328:797, entre otros).

Cabe señalar que el precepto de la ley 25.326 cuestionado, establece textualmente que “*Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico financiera de los afectados durante los últimos cinco años.*”

Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho.”

Ahora bien, la primera cuestión a dilucidar en la especie es si, como lo propone el recurrente, el plazo de cinco años rige para deudas “inexi-

gibles”, es decir, si puede solamente computarse a partir del momento de extinción de las mismas (v. fs. 349 vta., tercer párrafo). La segunda se vincula con el modo de cómputo de dicho término, aspecto al que me referiré en el punto IV.

En cuanto a la primera anticipo mi respuesta negativa al respecto, toda vez que no se alcanza a entender cuál es la diferencia que plantea el apelante entre deuda “inexigible” (voz no registrada en el diccionario de la Real Academia), y deuda cancelada o extinguida. Dicho de otro modo, cabe observar que la ley citada previó dos plazos de conservación de datos de información crediticia, uno general de cinco años y otro de dos años cuando se tratare de deudas canceladas o extinguidas. Las referencias a la prescripción de deudas (v. fs. 344, primer párrafo), no subsanan la indeterminación del recurso en este aspecto dado que la prescripción liberatoria es un modo de perder un derecho por el transcurso del tiempo, con lo cual ella es también una forma de extinción de la obligación civil.

Los argumentos del apelante, entonces, no rebaten la fundamentación de los jueces de la Alzada, en orden a que los artículos 26, inciso 4º, de la ley 25.326 y 26, del decreto reglamentario, le reconocen el “derecho al olvido” al deudor moroso que no ha cancelado la deuda –la que puede seguir siendo exigible inclusive por vía judicial– conclusión que fluye sin esfuerzo de la circunstancia de que la normativa ha previsto dos plazos diferentes según se trate de deudas impagas o canceladas (v. considerando IX, fs. 331 vta. último párrafo y 332, primer párrafo).

Por otra parte, esta interpretación se desprende de los antecedentes parlamentarios de la ley. Así, en los fundamentos de las disidencias parciales de los senadores José Genoud, Mario A. Lozada, Raúl A. Galván, Horacio D. Usandizaga, Conrado H. Storani, Pedro Del Piero y Alcides H. López, se expresa que “...*el plazo de 5 años para autorizar el almacenamiento de un dato guarda similitud con otros plazos ya previstos en nuestra legislación, y en temas similares; por ejemplo, las inhibiciones personales y los embargos duran 5 años*” (“Antecedentes Parlamentarios - Ley 25.362 Habeas data”; La Ley, Diciembre 2000, N° 11, pág. 274). Asimismo, el diputado Franco Caviglia señaló que el proyecto de habeas data establecía dos plazos, tres o cinco años según el deudor pague o no, y al fundar su disidencia propuso un único plazo de tres años, pero que comenzara a regir desde la cancelación de la deuda, por lo que la deuda impaga carecería de derecho al olvido (Publicación citada, pág. 430 a 432, el subrayado me pertenece).

Cabe poner de resalto, asimismo, que el apelante no cuestionó la constitucionalidad de las normas en estudio.

– IV –

En cuanto la segunda cuestión en debate cabe indicar que si bien, la ley omitió aclarar desde cuándo rigen los plazos que ella establece, dicha cuestión fue aclarada luego por el decreto reglamentario 1558/2001 al disponer –en lo que interesa para este dictamen– que “...*En el cómputo de CINCO (5) años, éstos se contarán a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible...*”. Conforme a ello, no comparto la conclusión del *a quo* en orden a que los plazos deben contarse desde la fecha de la mora (v. fs. 332, segundo párrafo), toda vez que si la información o pasos sobre la deuda exigible no son archivados, sino mantenidos año a año por el acreedor, dicha conservación constituye la información adversa a la que se refiere el decreto reglamentario y, por lo tanto, no se podrá computar el plazo de cinco años mientras subsista tal información. No existe referencia alguna en las normas examinadas, que conduzcan a concluir que el plazo de cinco años comience a contarse desde la producción de la mora. Esta interpretación es admitida –*a contrario sensu*– por el propio actor (deudor) cuando, al contestar el traslado del recurso extraordinario, cita un dictamen de la Fiscal General de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el que expresó “...*la falta de diligencia del acreedor en renovar su informe antes de que se cumpla el plazo quinquenal de caducidad opera a favor del titular de los datos, ya que en ese caso el registro de deuda debe ser suprimido aunque todavía sea exigible...*” (v. fs. 353 vta., cuarto párrafo, última frase; el subrayado me pertenece). La hermenéutica que aquí se propicia permite preservar datos actualizados veraces, ciertos, objetivos y adecuados respecto de aquellos deudores morosos que persisten en su incumplimiento, finalidad ínsita del régimen legal en estudio, en la medida que medie una adecuada diligencia del informante.

En tales condiciones, en el *sub lite* corresponde advertir que el monto impago de la tarjeta “Mastercard”, de acuerdo al informe pericial de fs. 257/258 fue trasladado mes a mes hasta Diciembre de 2002, por lo que no pasaron los cinco años desde la última información adversa de deuda exigible. En cambio, según el mismo peritaje, el saldo deudor de la tarjeta “Diners” es de noviembre de 1995 y por ende, el plazo del artículo 26, inciso 4º, de la ley 25.362, ha transcurrido con holgura. Este

informe pericial –como lo señaló el juez de grado a fs. 284 vta., primer párrafo– no mereció impugnación, por lo que corresponde otorgarle plena eficacia probatoria.

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar parcialmente a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, y revocar la sentencia apelada solamente en cuanto dispone que el demandado cancele la información que luce en sus registros referentes al saldo deudor del actor correspondiente a la tarjeta “Mastercard”. Buenos Aires, 1º de febrero de 2007. *Marta A Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Napoli, Carlos Alberto c/ Citibank N.A.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal (fs. 330/332 de los autos principales), revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar a la acción de hábeas data promovida contra el Citibank N.A. en los términos de la ley 25.326, ordenando a esta entidad que cancelara la información referente al actor que obraba en sus registros, y que comunicara tal circunstancia al Banco Central de la República Argentina, a efectos de que aquél fuera dado de baja en la central de deudores del sistema financiero.

2º) Que el tribunal de alzada precisó, en primer lugar, que conforme surge de las constancias de la causa, la actora era deudora de un saldo de la tarjeta “Diners” desde noviembre de 1995 por \$ 2.212,43 y de la tarjeta “Mastercard” desde el mismo mes pero del año 1996 por \$ 1.379,05 y, que la accionante ha reconocido la existencia de tales deudas.

Sentado lo anterior, consideró que resultaba aplicable al caso el “derecho al olvido” invocado por la actora, con sustento en el artículo

26, inc. 4º, de la ley 25.326 y en el artículo 26, párrafo 3º, del decreto reglamentario 1558/01. Al respecto, señaló que de tales normas fluye sin mayor esfuerzo que “quien ejerce el llamado ‘derecho al olvido’, tiene una información negativa respecto de su solvencia económica financiera en los bancos de datos crediticios” (fs. 331 vta./332), de la que la ley permite liberarse al cabo de dos años –si procedió a la cancelación o si ésta de “otro modo” resultó extinguida– o de cinco –si no lo hizo–, contados en este último caso, como reza el artículo 26 de la citada ley, “a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible”.

En tales condiciones, juzgó que “la calificación 5 que se informa se origina en la mora del deudor” debe computarse a partir de ese momento, “sin que tenga incidencia al respecto que esa información sea mantenida por el acreedor año a año, durante un período indeterminado que termine –de ser computado– derogando en los hechos el régimen de la ley” (fs. 332).

3º) Que contra lo así decidido, el Citibank N.A. interpuso recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, y que resulta formalmente admisible en razón de que, más allá de que la recurrente tacha de arbitraria a la sentencia (confr. fs. 340 y sigts.), sus agravios ponen en cuestión la inteligencia de las normas federales antes citadas, y lo resuelto por el superior tribunal de la causa es adverso al derecho que el apelante funda en ellas (artículo 14, inc. 3º, de la ley 48).

4º) Que, en efecto, la recurrente cuestiona, en lo sustancial, el momento a partir del cual debe computarse el plazo de cinco años del referido “derecho al olvido”, aduciendo que, contrariamente a lo sostenido por el *a quo*, aquel no comienza desde el primer informe producido cuando la deuda comenzó a ser exigible –es decir, desde el comienzo de la mora–, sino “a partir de la extinción del plazo para que el cobro de dicha deuda pueda exigirse al deudor” (fs. 344 vta.). Afirma que ésta es la única interpretación posible del artículo 26, inc. 4º, de la ley 25.326 y de lo dispuesto en el decreto reglamentario, ya que sostener que el plazo de caducidad de cinco años deba computarse desde la mora del deudor no condice con la letra ni con el espíritu de tales normas.

Alega asimismo que resultaría altamente nocivo para el sistema de información financiera llevado por el Banco Central de la República Argentina y para la transparencia del tráfico mercantil que el Registro de Deudores del Sistema Financiero –cuya finalidad tiende

justamente a informar acerca de la solvencia económico-financiera de los participantes de las operaciones comerciales—, que no se conservara información adecuada y fidedigna sobre el real comportamiento de quienes participan en aquellas actividades (fs. 344/344 vta.). Y añade que de admitirse el criterio del *a quo*, la supresión de los registros de la acreencia en cuestión, importaría por parte de la demandada carecer de respaldo en sus asientos contables para perseguir el cobro de un crédito legítimo y vigente, cuya prescripción no ha operado; lo que conduce a un visible absurdo, y entrañaría un privilegio injustificado para los deudores.

5º) Que el artículo 26 de la ley 25.326 relativo a la prestación de servicios de información crediticia, en cuanto a la solución del caso interesa, prescribe:

“4. Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económica-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho”.

Por su parte, el artículo 26 del decreto N° 1558/01 que reglamentó aquella ley, en su parte pertinente, dispone:

“Para apreciar la solvencia económica-financiera de una persona, conforme lo establecido en el artículo 26, inciso 4, de la Ley N° 25.326, se tendrá en cuenta toda la información disponible desde el nacimiento de cada obligación hasta su extinción. En el cómputo de CINCO (5) años, éstos se contarán a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible. Si el deudor acredita que la última información disponible coincide con la extinción de la deuda, el plazo se reducirá a DOS (2) años. Para los datos de cumplimiento sin mora no operará plazo alguno para la eliminación”.

“A los efectos del cálculo del plazo de DOS (2) años para [la] conservación de los datos cuando el deudor hubiere cancelado o extinguido la obligación, se tendrá en cuenta la fecha precisa en que se extingue la deuda”.

6º) Que, según ha sido señalado por el Tribunal al fallar en la fecha el caso C.1380.XLII. “Catania, Américo Marcial c/ BCRA – (Base Datos) y otros s/ hábeas data”, del debate parlamentario de la norma transcrita en primer término, dos cosas resultan con suficiente nitidez.

La primera de ellas, es que la ley ha consagrado el derecho del afectado a exigir que –transcurrido cierto tiempo– los datos significativos para evaluar su solvencia económico-financiera no sean mantenidos en las bases de datos ni difundidos, con el objeto de que el individuo no quede sujeto indefinidamente a una indagación sobre su pasado. Según se expresó, esta clase de previsión no es novedosa y fue adoptada –con diversos matices– por las legislaciones de numerosos países que fijaron plazos similares a los que estableció la ley 25.326 (ver, en especial, lo expresado en los considerandos 5º y 6º, segundo párrafo, de la sentencia citada).

La segunda, es que –más allá de las bondades o no del sistema ideado– el legislador expuso su preocupación acerca de que el mantenimiento de información adversa en las pertinentes bases de datos durante un largo lapso (como el de 10 años previsto en el proyecto de ley originario) podría dar lugar a una suerte de inhabilitación del deudor y a la consiguiente imposibilidad de reingreso al circuito comercial y, por ende, juzgó aquél mantenimiento como una solución disvaliosa. Es por ello, que en el texto de la ley 25.326 se estableció un plazo más breve que el inicialmente propuesto en el proyecto de ley, a la vez que se distinguió la situación de aquellos deudores que no han cancelado sus deudas (en cuyo caso el plazo sería de 5 años), de los que sí lo han hecho (supuesto en el que el plazo se reduciría a 2 años), con total independencia de que en relación a los primeros pueda perseguirse el cobro de la acreencia mientras la obligación sea jurídicamente exigible.

En este orden de ideas, según se expresó en el citado caso “Catania”, es revelador el hecho de que no fue aceptada la propuesta expresa del diputado Caviglia en el sentido de establecer un único plazo que regiría en caso de que mediara la cancelación de la deuda, y que fue sostenida en términos muy contundentes: “Debemos liberar a los que pagan pero no podemos darle el mismo derecho a los cinco años a los que no pagan...”. “Si prohibimos conocer a los que no pagan estamos dando un pésimo ejemplo a la sociedad, ya que un moroso tan sólo debe esperar dos años más respecto de otro que pagó para exigir a los bancos de datos que lo saquen de sus archivos...” (ver el desarrollo de

la disidencia parcial del diputado Caviglia, Antecedentes Parlamentarios, Tomo 2001-A, La Ley, Buenos Aires, año 2001, págs. 430/433, en especial, pág. 431).

En consecuencia, contrariamente a lo sostenido por el apelante a fs. 344 vta., no resulta del texto de la ley –ni puede inferirse de su génesis– que el plazo de cinco años deba quedar pospuesto mientras la deuda sea exigible por no haberse operado a su respecto la prescripción, si precisamente, la intención del legislador ha sido consagrar un plazo más breve que el que se había sugerido originariamente (el de 10 años), y que había obedecido a la finalidad de hacerlo coincidir con el plazo de prescripción.

7º) Que, en el *sub examine*, el plazo sobre el que versó la controversia es el de cinco años, pues la actora ha reconocido expresamente la existencia de su deuda y que ésta no fue cancelada (fs. 223 y 228).

Los conceptos adeudados por aquélla responden al saldo de la tarjeta de crédito “Diners” que se mantiene impago desde el día 16 de noviembre de 1995 (fs. 241), y al saldo de la tarjeta de crédito “Mastercard” que se mantiene impago desde el mes de noviembre de 1996, sin que respecto a este último se haya podido determinar la fecha exacta en que se produjo la mora (ver la pericia de fs. 257/258, con las aclaraciones de fs. 273/274, que no ha sido impugnada por las partes).

Por su parte, no se encuentra debatido por las partes –y así resulta de las constancias acompañadas a la causa por el Banco Central de la República Argentina– que a raíz de la información enviada por el Citibank N.A. a la Central de Deudores del Sistema Financiero (base de datos de aquel organismo), se archivó en ésta la constancia de que el demandante era un deudor que, con relación a ambas deudas, se encontraba en “situación 5”, esto es, un deudor “irrecuperable” que mantiene un atraso en el pago de sus obligaciones superior a un año o se encuentra en alguna de las restantes situaciones que describe la normativa relativa a la clasificación de deudores y al régimen informativo contable mensual que deben cumplir las entidades financieras (ver, en especial, Comunicación “A” 2216; Comunicación “A” 2389; Comunicación “A” 2729 y Comunicación “A” 3360, en su texto actualizado, todas ellas dictadas por el Banco Central de la República Argentina). Este dato –deudor en “situación 5”– sin ningún otro aditamento ni variante en cuanto a la situación económica-financiera del actor, ha

sido informado e ingresado a la Central de Deudores del Sistema Financiero, mensualmente durante años.

En efecto, según lo ha expresado el banco demandado en el escrito de contestación de la demanda —esto es, en el año 2003— aún seguía informando la misma situación con relación al saldo deudor de la tarjeta de crédito “Diners”, y con respecto al saldo deudor de la tarjeta de crédito “Mastercard”, remitió idéntica información a la base de datos del Banco Central en forma ininterrumpida hasta el mes de diciembre 2002, momento en el que Citibank N.A. decidió enviar dicho saldo “a pérdida” a raíz del “...saneamiento de la referida cuenta por una decisión de índole comercial...” (ver fs. 26/31; 168 vta. y 169 vta./170).

8º) Que, según resulta del texto del artículo 26 del decreto N° 1558/01 transcripto, en el considerando 5º de la presente, en relación a las obligaciones que no han sido extinguidas, el plazo de cinco años debe ser contado “**...a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible**”.

La imprecisión o poca claridad que exhibe esta norma reglamentaria —cuya constitucionalidad no ha sido impugnada— acerca del momento en que comienza a correr aquel plazo, debe subsanarse mediante una interpretación que, sin excluir su literalidad, se ajuste estrictamente a la voluntad del legislador que dictó la ley 25.326. Ha de evitarse, entonces, toda inteligencia que en los hechos implique una postergación *sine die*, o una excesiva tardanza en el inicio del cómputo del plazo que se examina, puesto que ello se opone al declarado propósito de lograr una reinserción del afectado en el circuito comercial o financiero.

En este sentido, cuando el artículo 26 del decreto 1558/01 fija como hito, “la fecha de la **última** información adversa **archivada** que revele que dicha **deuda era exigible**”, esta expresión debe ser entendida como el último dato —en su sentido cronológico— que ha ingresado al archivo, registro o base de datos, en la medida en que, como reza el artículo 26 de la ley 25.326, se trate de datos “**significativos**” para evaluar la solvencia económica-financiera de los afectados”. En este orden de ideas, se adelanta que, no podrá considerarse como última información archivada, la asentada en un registro por el sólo hecho de ser la constancia final de una serie o sucesión de datos, si —como ha ocurrido en el *sub examine*— se trata de una mera repetición de la misma información que, sin novedad o aditamento alguno, ha sido archivada durante los meses o años anteriores.

En el caso, dado el particular sistema contable de registro e información que deben llevar las entidades financieras –regulado en las normas a las que se hizo referencia en el considerando precedente–, la información adversa que el Citibank N.A. posee en relación a la actora tuvo su origen en la falta de pago en el mes de noviembre de 1995 y en el mes de noviembre de 1996, de las deudas que a esas fechas eran exigibles y que fueron contraídas con las tarjetas de crédito “Diners” y “Mastercard”, respectivamente (ver pericia de fs. 257/258, con las aclaraciones de fs. 273/274). Tal como lo admitió expresamente la demandada (fs. 170 vta.; 313 y 317 vta.), la existencia de estas deudas ha sido informada y archivada oportunamente en la Central de Deudores del Sistema Financiero del Banco Central, bajo la constancia de que la actora era un deudor en “situación 5” o “irrecuperable”, categoría a la que un deudor ingresa ante la falta de cancelación de sus deudas, una vez transcurrido el lapso de un año en el atraso de los pagos. Es ésta la última información adversa a la que alude la norma, y no las sucesivas reiteraciones del mismo dato –deudor en “situación 5” o “irrecuperable”– que han sido informadas y aparecen asentadas en la base de datos mencionada (ver fs. 26 a 31).

Cabe concluir, entonces, que la última información adversa en los términos del artículo 26 del decreto N° 1558/01, data del mes de noviembre de 1996 –en el caso de la tarjeta de crédito “Diners”–, y del mes de noviembre de 1997 –en el caso de la tarjeta de crédito “Mastercard”– fechas en que se consignó que la actora se encontraba en “situación 5” por haberse cumplido un año desde que las respectivas deudas se hicieron exigibles. Por tal razón, al inicio de la demanda se hallaba superado el plazo de cinco años (ver constancia de fs. 6).

En consecuencia, corresponderá suprimir dicha información de la Central de Deudores del Sistema Financiero, debiendo la demandada solicitar al Banco Central de la República Argentina que practique las modificaciones necesarias en tal sentido en la referida base de datos, en los términos de lo dispuesto por el artículo 16, segundo párrafo del decreto N° 1558/2001.

Vale aclarar que el cumplimiento de este mandato no tendrá el efecto de impedir al Banco Central la preservación de esos datos fuera del acceso público, así como su utilización para el cumplimiento de sus deberes de supervisión y control sobre las entidades financieras. Tampoco ha de interferir en la observación de las directivas técnicas

concernientes a la previsión que deben hacer las entidades financieras en respaldo de sus activos.

9º) Que, por último, si bien las razones precedentes serían suficientes para confirmar lo decidido por el *a quo*, corresponde añadir lo expresado por la actora acerca de que, aún en la hipótesis más desfavorable a su pretensión, esto es, que el plazo de prescripción que debe regir las deudas discutidas en este pleito sea el de diez años (fs. 352), en la actualidad aquéllas estarían prescriptas.

La consecuencia de dicha aseveración, sería, por una parte, que en tanto el cumplimiento de la obligación —al menos como obligación civil— ya no sería exigible por el acreedor, dudosamente podría sostenerse que corresponde mantener la condición de “deudor” en los respectivos registros, pues se configuraría un supuesto en el que el dato ha perdido “...vigencia respecto de los fines para los que se hubiese obtenido o recolectado...”, y en consecuencia, debe ser suprimido “...sin necesidad de que lo requiera el titular de los datos” (decreto N° 1558/01, artículo 4º, párrafo tercero). Por otra parte, si es posible sostener que la prescripción ha extinguido aquella clase de obligación, la información sólo podría ser conservada o cedida durante un plazo de dos años desde que dicha extinción se produce, término que, en consecuencia, también se encontraría cumplido en el *sub examine* (artículo 26, punto 4, segunda parte, de la ley 25.326, y artículo 26, párrafos tercero y cuarto, del decreto N° 1558/01).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y con el alcance expresado en el considerando 8º de la presente, corresponde confirmar lo decidido en la sentencia apelada. Con costas por su orden en razón de lo novedoso y complejo de la cuestión debatida. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito efectuado. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Citibank N.A.**, representado por la Dra. **Victoria Baumann Aubone**, con el patrocinio letrado del Dr. **Miguel Gesuiti**.
Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11.**

SERO, LILIANA Y OTROS c/ MISIONES, PROVINCIA DE
Y OTRO s/ AMPARO AMBIENTAL

MEDIO AMBIENTE.

Corresponde declarar la incompetencia de la Corte para conocer en la demanda tendiente a que se suspenda un llamado a licitación pública internacional de dos represas hidroeléctricas sobre el río Uruguay, que es un recurso interjurisdiccional, respecto del cual le atribuyen responsabilidad al Estado Nacional por haber omitido realizar los estudios de impacto ambiental correspondientes, si el alcance de la pretensión no permite atribuirle a la Provincia de Misiones el carácter de parte adversa, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional el sujeto pasivo legitimado que integra la relación jurídica sustancial, en tanto es el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado, en el supuesto de admitirse la demanda.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Liliana Seró, con domicilio en la Provincia de Misiones, Cristian E. González, con domicilio en la Provincia de Corrientes, y Vilma Ana Ripoll, Hugo A. Bodart y Pablo Daniel C. Sartore, todos con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, invocando su condición de habitantes del suelo argentino e integrantes del Centro de Abogados por los Derechos Humanos (CADHU), deducen acción de amparo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16.986, contra el Estado Nacional y la Provincia de Misiones, a fin de obtener

que se suspenda el llamado a licitación pública internacional N° 1/2010, ha realizarse el 11 de noviembre de 2011, para construir dos aprovechamientos hidroeléctricos sobre la cuenca del río Uruguay, ubicados en el tramo compartido entre Argentina y Brasil, en el marco del “Tratado entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Federativa de Brasil para el Aprovechamiento de los Recursos Hídricos compartidos de los Tramos Limítrofes del Río Uruguay y de su Afluente el Río Pepirí-Guazú” y del “Convenio de Cooperación entre EBISA y ELETROBRAS”.

Aducen que el actuar irregular del Estado Nacional con el que ha llevado a cabo el proyecto lesiona, restringe, altera y amenaza, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías constitucionales a la información ambiental, a vivir en un ambiente sano y equilibrado, a la salud, y de los pueblos originarios que habitan la región, pues no ha realizado estudios serios e independientes de las implicancias económicas y sociales y del impacto ambiental sobre el suelo, el agua y el clima que estas mega-represas hidroeléctricas, debido al desmonte, producirían en la zona y tampoco de otras formas alternativas de producción de energía.

Fundan su derecho en los arts. 41 y 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, en las leyes nacionales 25.675 General del Ambiente, 24.375 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 25.688 del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, y 25.831 del Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, en el Convenio 169 de la OIT y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12).

Asimismo, solicitan una medida cautelar de no innovar, en los términos del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que el Estado Nacional se abstenga de efectuar el llamado a licitación internacional y llevar a cabo el proyecto.

A fs. 37, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

Cabe recordar, en principio, 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. 1º, 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).

Sentado lo expuesto, entiendo que el asunto radica en determinar si en el *sub examine* se configuran dichos requisitos.

Al respecto, corresponde señalar que para que una provincia pueda ser tenida como parte y proceda, en consecuencia, la competencia originaria de la Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, es necesario que ella participe nominalmente en el pleito —ya sea como actora, demandada o tercero— y sustancialmente, es decir, 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, entre muchos otros).

Esa calidad de parte conlleva la necesidad de que sea titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, lo que debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales, pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de tal instancia (Fallos: 321:2751; 322:2370; 326:1530 y sentencia *in re* C.1611. XLIII, Originario “Central Térmica Sorrento S.A. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ acción meramente declarativa de certeza”, del 24 de junio de 2008).

En mérito a ello, entiendo que dicho requisito, *prima facie* y dentro del limitado marco cognoscitivo propio de la cuestión de competencia en examen, no se verifica en autos.

En efecto, 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. 4º y 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230— los actores pretenden que se suspenda un llamado a licitación pública internacional de dos represas hidroeléctricas sobre el Río Uruguay, que es un recurso interjurisdiccional, respecto del cual le atribuyen responsabilidad al Estado Nacional por haber omitido realizar los

estudios de impacto ambiental correspondientes, en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional.

En ese marco, el alcance de la pretensión no permite atribuirle a la Provincia de Misiones el carácter de parte adversa, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional el sujeto pasivo legitimado que integra la relación jurídica sustancial, en tanto es el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado, en el supuesto de admitirse la demanda (v. Fallos: 330:555, considerando 7°, y A. 405. XLV. Originario, “Asociación Civil Diálogo por el Ambiente c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo ambiental”, sentencia del 20 de abril de 2010 y dictamen del 23 de octubre de 2009).

En virtud 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 de amparo resulta ajeno a la instancia originaria de la Corte. Buenos Aires, 7 de noviembre de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

Que esta Corte comparte los argumentos y conclusiones 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 la incompetencia del Tribunal para conocer en esta causa por vía de su instancia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional. Notifíquese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Parte actora: (única presentada) **Liliana Seró, Cristian Edgardo González, Vilma Ana Ripoll, Hugo Alejandro Bodart y Pablo Daniel Carlos Sartore**, con el patrocinio del **Dr. Pablo Manuel Vicente**.

Parte demandada: **Estado Nacional y Provincia de Misiones**.

STIEFEL, JUAN CARLOS c/ SANTA FE, PROVINCIA DE
S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA

APORTES PREVISIONALES.

Si ni la Provincia de Santa Fe demandada ni la tercera citada al proceso han aportado prueba alguna tendiente a demostrar que el actor hubiera percibido honorarios por su calidad de representante técnico frente al órgano de control de ejecución del contrato de concesión de obra pública –exigencia impuesta por la provincia– o una remuneración adicional a su sueldo como gerente general en relación de dependencia de la firma concesionaria, ello hace inadmisibles la pretensión de la Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería Civil provincial cuestionada, pues no hay evidencia de que hubiera existido una contraprestación en favor del actor por haber sido designado en esa función.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Juan Carlos Stiefel, en su condición de ingeniero civil, con domicilio en la Provincia de Santa Fe, promovió acción declarativa de certeza e inconstitucionalidad, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Santa Fe, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre en que se encuentra –según dice– ante las intimaciones y los reclamos de la Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería Civil y del Colegio de Profesionales de la Ingeniería Civil, ambos de la Provincia de Santa Fe, para que pague los aportes jubilatorios a aquella “Caja”, por la actividad

que desarrolla como responsable técnico de la empresa Aufe Sociedad Anónima Concesionaria, para la realización de la obra pública “Autopista Santa Fe-Rosario”.

Indicó que la supuesta deuda que se le exige abarca los períodos que van desde agosto de 1995 hasta agosto de 1998 y desde octubre de 2000 hasta la actualidad.

Adujo que el requerimiento de las demandadas resulta improcedente, puesto que se desempeña en dicha empresa como gerente general en relación de dependencia, efectuando aportes regularmente al sistema provisional nacional ordinario (a Máxima AFJP) desde su comienzo, sin perjuicio de que –por obligación del contrato de concesión– está matriculado en el “Colegio” y ha asumido también las funciones de representante técnico, por lo cual –según arguye– existe identidad en el sujeto y en la causa que genera la obligación de aportar.

Señaló que el “Colegio” le exigió el cumplimiento de tal obligación, bajo apercibimiento de proceder a la suspensión de su matrícula y de iniciar acciones administrativas y judiciales (v. anexos del IV al VII).

Por su parte, la “Caja” inició un proceso judicial de aseguramiento de pruebas ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito de la 11ª Nominación de la Ciudad de Rosario (causa “Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería de Santa Fe 2º Circunscripción c/ Aufe S.A. y otros”), del cual surge –según indica– que se efectuó una inspección “para poder fijar los montos de los honorarios profesionales, sobre los que se deben calcular los aportes profesionales, y por tal motivo exigirles que se cumplimenten con los mismos...” (sic - v. anexo VIII).

Con posterioridad, el “Colegio” dictó la resolución 112/02, mediante la que se le aplicó las sanciones de suspensión de la habilitación de profesional y de apercibimiento público, para cuya cancelación debía efectivizar el pago de los aportes previsionales –asistenciales y jubilatorios– que determinan las leyes locales 4889 y 6729.

Contra dicha resolución interpuso recurso de reposición y, al ser denegado, ocurrió mediante recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal de la Ciudad de Santa Fe, quien declaró su nulidad (v. anexo IX y X).

En razón de ello, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de las leyes provinciales 4.889, art. 5º, inc. b e i, y 11.089, arts. 9º y 10, y 1º y del decreto-ley local 6729, art. 4º, incs. b, c y e, y sus disposiciones concordantes y normas reglamentarias, que constituyen el fundamento del reclamo de la “Caja”, en cuanto permiten –a su entender– la superposición de aportes jubilatorios, conculcando, de esta forma, el art. 14 bis de la Constitución Nacional, así como también los arts. 4, 16, 17 y 31 de dicha Ley Fundamental, el art. 1627 del Código Civil y los decretos del P.E.N. 2284/91 y 2293/92.

– II –

A fs. 265 (el 11 de noviembre de 2003), V.E. declaró que la causa no correspondía a su competencia originaria, de conformidad y con remisión al dictamen de este Ministerio Público de fs. 263/264, en razón de no ser la Provincia de Santa Fe parte sustancial en la relación jurídica sobre la cual se apoya la demanda.

A fs. 290/291, el actor citó como tercero al pleito, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería Civil, por entender que la controversia le era común, y, a fs. 292, solicitó que V.E. deje sin efecto la resolución de fs. 265 y que, en su caso, declare su nulidad.

A fs. 297, este Ministerio Público entendió que el recurso de reposición interpuesto era improcedente y reiteró los términos de su anterior dictamen.

A fs. 298 (el 19 de agosto de 2004), el Tribunal decidió revocar su pronunciamiento y con fundamento en el precedente “*Palópoli*” (Fallos: 318:2503 y 323:19) declaró que el proceso debía tramitar ante su instancia originaria.

– III –

A fs. 329/337, la Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería Civil contestó la demanda y solicitó su rechazo.

Declaró que el actor es afiliado al régimen jubilatorio que administra la “Caja” y que realiza aportes mensuales al fondo jubilatorio

desde 1982 hasta la fecha, por el valor asignado a la categoría tercera, en los términos del art. 5º, inc. b, de la ley local 6729.

Manifestó, en lo sustancial, que el actor se desempeña para Aufe S.A., ejerciendo dos funciones diversas y autónomas, como gerente general en relación de dependencia, y como representante técnico. La primera comprende la organización y dirección del establecimiento, y no alcanza a la segunda que tiene a su cargo la ejecución del contrato de concesión de obra pública, lo cual se proyecta sobre su responsabilidad profesional.

Señaló que para ejercer esta última actividad el art. 19 del Pliego Técnico Particular Autopista AP-01 Santa Fe - Rosario Brigadier Estanislao López requiere título habilitante y estar matriculado en el Colegio de Profesionales de la Ingeniería Civil, recaudos que lo incorporan al ordenamiento local de fiscalización de su ejercicio y lo subordinan a la potestad de policía de la entidad profesional, por cuanto el ejercicio de su función está vinculado con el interés general cuya satisfacción procura la obra pública.

Afirmó, entonces, que existe multiplicidad de funciones y no superposición de aportes como pretende el agraviado, lo cual sí está permitido por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, por la ley nacional 24.241, art. 5º, y por la ley local 9207, que homologó el convenio de reconocimiento recíproco de servicios otorgado entre las cajas profesionales de previsión social y los institutos o cajas nacionales, provinciales o municipales de previsión adheridos, cláusula 13 (decreto ley 9316/46, resolución 363/81 de la Subsecretaría de Seguridad Social del Ministerio de Acción Social de la Nación).

En consecuencia, ratificó que la causa resulta análoga al precedente “*Spota*”, Fallos: 300:836, y no al precedente “*Palópoli*”, Fallos: 323:19, como pretende el actor.

– IV –

A fs. 340/344, la Provincia de Santa Fe contestó la demanda y también solicitó su rechazo.

Sostuvo que no es parte adversa de quien efectúa el reclamo toda vez que no se ha impugnado un acto actual ni en ciernes de alguno de sus órganos que pudiera significar un perjuicio para la actora.

Además, alegó que es de aplicación al actor la “doctrina de los actos propios”, pues éste se ha sometido voluntariamente al régimen que posteriormente impugna, en cuanto está matriculado en el Colegio de Profesionales de la Ingeniería Civil, es afiliado y efectúa aportes regularmente a la Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería Civil desde 1982, de conformidad con el sistema de la ley local 6729.

En razón de ello, destacó la desigualdad con el caso “*Palópoli*”, en tanto allí, a diferencia del presente, el actor había solicitado su baja de la matrícula del colegio profesional, ya que no desarrollaba ninguna actividad, fuera de la relación de dependencia, que justificara la continuidad de la colegiación. Por lo tanto, confirmó también que resulta de aplicación al caso la doctrina de la sentencia *in re* “*Spota*”.

– V –

A mi modo de ver, corresponde en esta oportunidad reiterar la postura sostenida por este Ministerio Público en sus dictámenes de fs. 263/264 y 297, a cuyos términos me remito *brevitatis causae*, pues los elementos de prueba aportados al proceso no logran revertir el hecho de que la Provincia de Santa Fe no sea parte sustancial en el pleito –como ya se anticipó–, requisito imprescindible para que proceda la competencia originaria de la Corte.

En efecto, es el propio Estado local el que alega, a fs. 340/344, al contestar el escrito de inicio, que no es parte adversa de quien efectúa el reclamo toda vez que no se ha impugnado un acto actual ni en ciernes de alguno de sus órganos que pudiera significar un perjuicio para la actora.

Argumento que fue luego mejorado con su alegato, a fs. 748/750, en el que confirmó que “*no se ha probado que la Provincia de Santa Fe, como administrador y ejecutor de los regímenes jurídicos que le corresponde aplicar, haya despachado una amenaza de emitir acto alguno que perjudique al demandante*” y que, en razón de ello, “*el conflicto se encuentra circunscripto (...) a una divergencia interpretativa entre un afiliado y su Caja Profesional la cual, más allá del poder de policía que posee sobre la matrícula profesional, es un sujeto diverso de la Provincia de Santa Fe y ésta no interviene en sus decisiones*”.

Y éste es el fundamento por el cual considero que, en materia de competencia, no resulta aplicable al *sub lite* el precedente “*Palópoli*” (Fallos: 318:2503), pues allí, a diferencia de lo que sucede en autos, el perjuicio del actor estaba dado por la omisión en la que habría incurrido la Provincia de Buenos Aires demandada, consistente en no aplicar el decreto del PEN 2293/92, pues ello le impedía al actor ejercer su profesión en su jurisdicción.

En cambio, el supuesto perjuicio que alega en el *sub examine* el demandante está configurado por las intimaciones y los reclamos de pago de los aportes jubilatorios efectuados por la Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería Civil, entidad autárquica que cuenta con personería jurídica propia (art. 1º de la ley local 4.889), única que reviste la calidad de “parte adversa” en el proceso y quien, por ende, integra la relación jurídica sustancial en que se apoya la pretensión del actor.

Por lo expuesto, si bien la Corte declaró su competencia en autos, a fs. 298, cabe tener en cuenta a esta altura del proceso la doctrina que expresa que “el estado procesal de las actuaciones no obsta a un pronunciamiento que declare la incompetencia del Tribunal para entender en forma originaria, ya que aquélla –de incuestionable raigambre constitucional– reviste el carácter de exclusiva e insusceptible de extenderse por persona ni poder alguno y, por tal razón, debe declararse de oficio en cualquier estado de la causa pese a la tramitación dada al asunto (sentencia *in re* L. 87. XXXVI, Originario “*Loveli S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa*”, del 6 de mayo de 2008, y Fallos: 330:3447, 4669 y 4678, entre muchos otros).

En tales condiciones, opino que el proceso resulta ajeno a la instancia originaria del Tribunal. Buenos Aires, 5 de diciembre de 2008.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “*Stiefel, Juan Carlos c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*”, de los que,

Resulta:

D) A fs. 256/261 se presenta el ingeniero civil Juan Carlos Stiefel y promueve acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Santa Fe, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre en que afirma encontrarse frente a la pretensión de la Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería Civil del referido Estado provincial, de que realice aportes a aquella “Caja”, por la actividad laboral que desarrolla en relación de dependencia para la empresa Aufe Sociedad Anónima Concesionaria, desde agosto de 1995 hasta agosto de 1998 y desde octubre de 2000 en adelante, omitiendo que por la misma actividad ya aporta al sistema jubilatorio nacional.

Sostiene que desde que fue empleado por la referida firma Aufe SAC en el cargo de gerente general, no ejerció ninguna otra actividad laboral ni profesional paralela, y que su única fuente de ingresos fue el sueldo percibido mensualmente como retribución de su trabajo en relación de dependencia. En consonancia con dicha situación –continúa–, su empleadora practicó las retenciones pertinentes por aportes jubilatorios, y, a su vez, efectuó las correspondientes contribuciones patronales en proporción a su sueldo, de acuerdo a la legislación Nacional.

Explica que la referida firma es concesionaria de la autopista “AP-01 Brigadier General Estanislao López” que une las ciudades de Rosario y Santa Fe, y que el artículo 19 del Pliego Técnico Particular de dicha concesión exige el nombramiento de un responsable técnico frente al órgano de control, con el título de representante técnico, quien debe tener título habilitante y encontrarse matriculado en el Consejo de Ingenieros provincial (ver anexo XII). Indica que en virtud de dicha exigencia, la concesionaria comunicó que el ingeniero Stiefel cumpliría esa función.

Destaca que si bien Aufe SAC está obligada a realizar obras de mejora, mantenimiento y conservación de la traza de la autopista, nunca realizó esos trabajos directamente, sino a través de contratistas que desarrollan las referidas tareas con personal propio. Resulta obvio –afirma– que Aufe SAC es la comitente respecto a las obras en cuestión, y no la encargada de llevarlas a cabo.

Señala que a partir del año 1995 fue hostigado por el Colegio de Profesionales de la Ingeniería Civil y por la Caja de Previsión Social

de los Profesionales de la Ingeniería Civil provinciales, a fin de que integrara los aportes jubilatorios correspondientes a los períodos indicados, desoyendo las explicaciones efectuadas sobre la base de los fundamentos expuestos.

Describe los diversos reclamos e intimaciones recibidos por el actor y su empleadora, y el intercambio epistolar que se produjo en consecuencia, circunstancias que acreditarían –según aduce– el estado de incertidumbre en que se encuentra.

Agrega que la Caja inició un procedimiento de aseguramiento de pruebas ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito de la 11 Nominación de la ciudad de Rosario, caratulado “Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería de Santa Fe 2° Circunscripción c/ Aufe S.A. y otros”, para poder fijar los montos de los honorarios profesionales, sobre los que se deberían calcular los aportes y exigir su cumplimiento. Dicha diligencia –expresa– demuestra la intención de la Caja de cobrar los aportes al actor.

Solicita asimismo que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 5º, incisos b e i de la ley provincial 4889; 1º y 4º, incisos b, c y e de la ley local 6729; 9 y 10 de la ley santafesina 11.089, y de las disposiciones concordantes y reglamentarias de dichas normas, por constituir el fundamento de la pretensión impugnada, en tanto permitirían la superposición de aportes jubilatorios, conculcando de esta forma las garantías constitucionales de los artículos 4º, 14 bis, 16, 17 y 31 de la Ley Fundamental, el artículo 1627 del Código Civil y los decretos PEN 2284/91 y 2293/92.

Demanda a la Provincia de Santa Fe en su condición de emisora de las normas cuya inconstitucionalidad plantea, y por ser la que ha delegado las funciones de policía que le son propias, a la entidad que le reclama el pago de aportes jubilatorios.

II) A fs. 298 se declara la competencia de esta Corte para conocer en forma originaria en este juicio.

III) A fs. 329/337 la Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería Civil provincial contesta la citación dispuesta a fs. 298 en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Manifiesta que desde el 1° de mayo de 1982, el actor está afiliado al régimen previsional administrado por la Caja y que cumple con puntualidad con el pago de los aportes personales mensuales establecidos por el artículo 5°, inciso b de la ley local 6729, por el valor asignado a la categoría tercera.

Pone de resalto que el ingeniero Stiefel ejerce en Aufe SAC dos funciones diversas y autónomas. Así dice que la labor que desarrolla como gerente general en relación de dependencia, comprende la organización y dirección del establecimiento, pero esa tarea —expresa— no alcanza a la de representante técnico ante la autoridad de aplicación que también desempeña, y por la cual tiene a su cargo —según dice— la ejecución del contrato de concesión de obra pública, función que se proyectaría sobre su responsabilidad profesional.

Señala que los recaudos establecidos en el artículo 19 del Pliego Técnico Particular de la referida autopista (título habilitante y matriculación en Colegio Profesional), incorporan al demandante al ordenamiento local de fiscalización de su ejercicio y lo subordinan a la potestad de policía de la entidad profesional, por cuanto el ejercicio de la función de representante técnico está vinculado con el interés general cuya satisfacción procura la obra pública.

Sostiene que el representante técnico ejecuta una actividad extraña y hasta incompatible con la que razonablemente puede asignarse al gerente general; explica que uno y otro realizan diversas tareas, pero en la improbable hipótesis que estuvieren a cargo de una misma persona, entiende que sería legítimo obligarlo a contribuir al sistema solidario que protege a los individuos de cada una de las comunidades profesionales de que forma parte en razón de la multiplicidad de funciones que desempeña.

Afirma que no corresponde adoptar como criterio excluyente para describir las características jurídicas de los aportes y contribuciones al sistema previsional la supuesta cualidad de accesorios de los honorarios, pues tienen por fuente primordial la ley que crea la obligación e impone su cumplimiento, y su finalidad es el sostenimiento de los beneficios que integran los fines de su creación.

En cuanto a la cuantía de los aportes personales y de las contribuciones, indica que conforme a la regla del artículo 9° de la ley 11.089, se determinan en función de los honorarios que legítimamente el pro-

fesional puede exigir por su tarea y que le corresponden mientras no acuerde con su comitente un precio diferente. La norma legal asegura –según esgrime– la estabilidad e intangibilidad del valor de los aportes y las contribuciones a las instituciones profesionales cualquiera fuere el monto de los honorarios pactados.

Concluye que no se verifica en el caso una superposición de aportes pues el régimen previsional provincial, con supremacía sobre el federal, se dirige a una actividad que difiere y excede a aquella que el profesional pudiere desempeñar en ejercicio del puesto asignado por el contrato de trabajo.

IV) A fs. 340/344 la Provincia de Santa Fe contesta la demanda y solicita su rechazo.

Indica que el conflicto entre el demandante y la Caja radica en determinar si la función desarrollada como representante técnico de Aufe SAC ante la Administración, en virtud de la exigencia del contrato de concesión, constituye una tarea remunerada diversa de la relación de dependencia que justifique un aporte distinto al que se realiza o, por el contrario, no media tal distinción.

Afirma que en el caso del ingeniero Stiefel puede verificarse el voluntario sometimiento al régimen de aportes que deriva inequívocamente de la subsistencia pacífica de su afiliación, y que la impugnación realizada en el *sub lite* entra en evidente contradicción con aquella que asumió y mantuvo durante todo el período sin requerir la baja de su matriculación.

Aclara que lo que aquí se controvierte es un supuesto acto de aplicación del sistema legal, planteo que –a su juicio– no es admisible por esta vía, en la medida en que no se habría acreditado la existencia de un “acto en ciernes”, pues la actividad desarrollada por la Caja ha consistido en una indagación acerca del monto de los eventuales honorarios por la función que desempeña el actor como representante técnico, razón por la cual el agravio esgrimido sería “conjetural o hipotético”, y no existe “causa” o “caso contencioso” que justifique la intervención del Poder Judicial de la Nación.

Aduce que las prestaciones de la Administración Nacional de la Seguridad Social y de la Caja de Previsión Social de Profesionales de la Ingeniería de la Provincia de Santa Fe no son idénticas sino inde-

pendientes, y los aportes que el demandante realiza en ambos organismos de previsión social habrán de ser fuente de beneficios autónomos con solo alcanzar, en cada régimen, los requisitos de la prestación de que se trate.

Entiende que la superposición alegada podría configurarse –eventualmente– si por la misma actividad se le exigieran al ingeniero aportes a ambos sistemas, cuando en realidad lo que el organismo tercero en el proceso está requiriendo es precisamente la indagación sobre un cargo distinto (el de representante técnico), por aparecer como una actividad profesional independiente de la función de gerente general y, en su caso, un supuesto de captación distinto.

De todos modos –concluye– se trata de un debate no cerrado ante el órgano de control de la matrícula, que está recabando información que le permita determinar o no la obligación en base a sus facultades.

V) A fs. 766/768 la señora Procuradora Fiscal reitera la postura asumida en los dictámenes de fs. 263/264 y 297, en el sentido de que la Provincia de Santa Fe no revestiría la condición de parte sustancial en el pleito, requisito imprescindible para que proceda la competencia originaria.

Interpreta que el Estado local no es parte adversa de quien efectúa el reclamo en tanto no se ha impugnado un acto actual ni en ciernes de alguno de sus órganos que pudiera significar un perjuicio para la actora, sino que es la Caja de Previsión Social de Profesionales de la Ingeniería, entidad autárquica que cuenta con personería jurídica propia (artículo 1º de la ley provincial 4889), la que integra la relación jurídica sustancial en la que el actor apoya su pretensión.

En tales condiciones, opina que el proceso resulta ajeno a la competencia originaria del Tribunal.

Considerando:

1º) Que en mérito a lo decidido por este Tribunal a fs. 298, 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).

2º) Que, sentado lo expuesto, corresponde indicar que en el *sub lite* se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el artículo 322

del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues ha mediado una actividad de la Caja de Previsión Social de Profesionales de la Ingeniería de la Provincia de Santa Fe, dirigida a la percepción de los aportes que estima adeudados. Dicha actividad, que consistió en el proceso de aseguramiento de prueba iniciado ante la jurisdicción local agregado a fs. CLXXI/CLXXXVIII –según foliatura en números romanos dispuesta a fs. 730– y en las intimaciones que surgen de la documentación agregada a fs. 10 y 32, cuya autenticidad corresponde tener por reconocida en este acto en los términos del artículo 356, inciso 1, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ver fs. 563/564), generó al actor un concreto “estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación jurídica”, que se mantiene en la actualidad (arg. Fallos: 310:606; 311:421).

3º) Que en relación al fondo del asunto, no resulta ocioso efectuar algunas precisiones en relación al régimen jubilatorio local administrado por dicha Caja, a fin de lograr una primera aproximación a la cuestión debatida.

El Estado provincial demandado, mediante la ley 4889, creó en cada una de las circunscripciones judiciales en que se divide la provincia, y con la denominación de “Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería de la Provincia de Santa Fe”, una entidad con personería jurídica cuyos fines esenciales son los de proporcionar a todos los profesionales inscriptos en el Consejo de Ingenieros los beneficios de la cooperación mutua para asegurarles asistencia social en condiciones dignas y justas (artículo 1º). Entre las funciones y facultades de la entidad enumeradas en la ley, se encuentra la de organizar por el sistema que considere más conveniente y en la medida de sus recursos y posibilidades, la prestación a sus afiliados de los beneficios asistenciales y jubilatorios (artículo 3º, inciso d).

El sistema jubilatorio fue reglamentado por la ley 6729, cuyo artículo 1º establece que están obligatoriamente comprendidos en el régimen todos los profesionales, en cualquiera de las especialidades y categorías, que se hallaren inscriptos en la matrícula a cargo del Consejo de Ingenieros de la Provincia de Santa Fe y la mantengan de acuerdo al inciso c del artículo 1º de la ley 2419, sin que la afiliación que puedan tener a otros regímenes de previsión, sean éstos nacionales, provinciales, municipales o privados, los exima del cumplimiento de sus disposiciones.

El fondo jubilatorio administrado por la Caja se sostiene con los aportes personales de los afiliados y con las contribuciones a cargo de sus comitentes. Dichos aportes personales se integran: con una cuota única de afiliación a la Caja; con cuotas mensuales que se abonan en función de la categoría de aportación jubilatoria elegida, más un aporte con destino a financiar el haber anual complementario, y con retenciones sobre los honorarios profesionales (ley 4889, artículo 5°, incisos c e i, y ley 6729, artículos 4°, incisos b, c, d y e, y 5°, incisos a, b y c). A su vez, las contribuciones a cargo de los comitentes consiste en un adicional sobre el importe de los honorarios, que el profesional debe cargar a cada factura (ley 4889, artículo 5°, inciso a, y ley 6729, artículo 4°, inciso a).

Es dable señalar –tal como lo expresa la Caja a fs. 330, punto 3.3– que la disolución del Consejo de Ingenieros de la Provincia de Santa Fe (ley 11.291, artículo 30), y la creación de los colegios profesionales que lo sucedieron, no alteraron la relación de la Caja con los profesionales matriculados en la medida en que las nuevas entidades conservaron el procedimiento de inscripción de la matrícula y la renovación anual de sus efectos habilitantes.

4° Que el sistema se complementa con la ley provincial 11.089, la que si bien deroga todas las normas que declaren de orden público los aranceles y escalas de honorarios de cualquier clase, y las que declaren la nulidad de los convenios celebrados entre los profesionales y quienes contraten sus servicios, con apartamiento de las escalas vigentes de honorarios (artículo 6°), también establece en su artículo 9° que “Cuando por las respectivas leyes rigiere el régimen de aportes sobre honorarios para el sostenimiento y funcionamiento de las instituciones profesionales, haya o no convenio sobre honorarios, será de aplicación obligatoria los porcentuales correspondientes en las escalas de honorarios a los fines de la determinación de los aportes y contribuciones”.

5° Que, en ese marco, cabe destacar que el actor no cuestiona el régimen de control profesional por medio de la delegación del poder de policía en los colegios profesionales, ni la obligatoriedad de cumplir mensualmente con un aporte a la Caja provincial, en tanto dicho aporte surge en forma imperativa de la obligatoriedad de la asociación al Colegio Profesional para ejercer la profesión en la provincia (ver fs. 739 vta.).

De las constancias de la causa también se desprende que el actor es afiliado titular del régimen jubilatorio administrado por la Caja, que realiza los aportes mensuales a dicho régimen previstos en el artículo 5º, inciso b de la ley 6729, por el valor asignado a la categoría tercera, como también que la calidad de representante técnico de Aufe SAC ante la Administración que reviste el ingeniero Stiefel resulta ajena a las tareas que desempeña como gerente general en la empresa, tareas por las cuales se efectúan las pertinentes retenciones y contribuciones en proporción a su sueldo, con destino al sistema nacional de jubilaciones, al que se encuentra sometido en virtud del vínculo laboral en relación de dependencia que mantiene con su empleadora (conf. ley 24.241, artículo 2º, inciso a –vigente al momento en que el actor comenzó a desempeñarse en Aufe SAC–, y ley 26.425).

En ese sentido, dichas circunstancias, han quedado corroboradas con la prueba informativa dirigida a la Dirección Provincial de Vialidad de Santa Fe (ver contestación de fs. CLIII), a la empresa Aufe SAC (ver oficio de fs. CLXIX), a Arauca Bit AFJP SA (ver fs. CXCI/CCXVI), al Ministerio de Obras, Servicios Públicos y Vivienda provincial (ver fs. 678/686) y con la absolución de posiciones del actor de fs. 717/718.

La cuestión por dilucidar consiste en determinar si la pretensión de la Caja provincial de exigirle al actor aportes al régimen jubilatorio local por su calidad de representante técnico, con fundamento en las disposiciones de las normas citadas, resulta admisible.

6º) Que de las disposiciones de los citados artículos 5º, inciso b, de la ley 4889; 4º, incisos b y d, 5º, inciso c, de la ley 6729, y 9º de la ley 11.089, se desprende que el nacimiento de la obligación de los afiliados de realizar los aportes personales allí contemplados con destino al fondo jubilatorio administrado por la Caja local, está supeditado a la configuración de un presupuesto de hecho, este es, la percepción de honorarios profesionales.

En el *sub examine* ni la Provincia demandada, ni la tercera citada al proceso –a quienes les incumbía la carga de la prueba de dicho extremo en los términos del artículo 377, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, han aportado prueba alguna tendiente a demostrar que el ingeniero Stiefel hubiera percibido honorarios por su calidad de representante técnico –exigencia impuesta por la Provincia– o una remuneración adicional a su sueldo.

La falta de comprobación del referido presupuesto de hecho, hace inadmisibles las pretensiones de la Caja cuestionada por el demandante, pues no hay evidencia de que hubiera existido una contraprestación en favor del actor por haber sido designado representante técnico en virtud de la exigencia del artículo 19 del Pliego Técnico Particular de la autopista "AP-01 Brigadier General Estanislao López".

Es preciso señalar que el régimen legal descripto no permite presumir, en las condiciones del caso, la percepción de honorarios por parte del actor por aquella función. A esos efectos no resulta suficiente la regla del artículo 9° de la ley 11.089, pues su aplicación también exige la demostración previa de la existencia de una retribución por trabajo profesional que justifique el aporte, sin que prueba alguna se haya aportado en tal sentido.

7°) Que no empece a lo expuesto la afirmación efectuada a fs. 334 vta., punto 7.2, en cuanto a que no corresponde adoptar como criterio excluyente para describir las características jurídicas de los aportes y contribuciones al sistema previsional la supuesta cualidad de accesorios de los honorarios, en virtud de la finalidad que persiguen, en la medida en que tampoco resulta suficiente para fundamentar la pretensión perseguida por la Caja el hecho de que la calidad del ingeniero Stiefel de representante técnico se proyecte sobre su responsabilidad profesional o que el profesional que revistiere esa calidad y estuviere en relación de dependencia del contratista de la obra no sólo está afectado por la subordinación al empleador sino además al control colegial por cuanto el ejercicio de sus funciones excede los relativos efectos del contrato de trabajo y vincula al profesional con el interés público cuya inmediata satisfacción procura la obra pública (ver fs. 332), en tanto dichas circunstancias no demuestran la configuración del referido presupuesto de hecho de las normas provinciales que regulan el régimen local de aportes jubilatorios.

8°) Que, en definitiva, al no haberse demostrado el hecho determinante de la obligación de efectuar los aportes previstos en los artículos 5°, inciso b, de la ley 4889; 4°, incisos b y d, 5°, inciso c, de la ley 6729, y 9° de la ley 11.089, corresponde concluir que, dadas las circunstancias del caso, el ingeniero Stiefel no está obligado a realizar dichos aportes por su condición de representante técnico de Aufe SAC ante la Administración provincial.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se decide: Hacer lugar a la demanda con los alcances indicados en el considerando pre-

cedente. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, comuníquese al señor Procurador General y, oportunamente, archívese.

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

Parte actora: **Juan Carlos Stiefel**, representado por sus **letrados apoderados, doctores Alejandro María Colombres y Enrique V. del Carril**, con el patrocinio letrado del **doctor Pablo María Semenzato**.

Parte demandada: **Provincia de Santa Fe**, representada por **los señores Fiscal de Estado y Procurador General, doctores Jorge Alberto Barraguirre y Juan Carlos Carbone, y por su letrada apoderada, doctora María Nélide Aurelia Puch Pinasco**.

Tercero citado: **Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería de la Provincia de Santa Fe**, representada por **sus apoderados, doctores Pablo Edgardo Clément y María Nélide Aurelia Puch Pinasco**.

DUPUY, DANIEL OSCAR Y OTROS c/ SANATORIO MODELO QUILMES Y OTROS
s/ DAÑOS Y PERJUICIOS RES. PROF. MÉDICOS Y AUX.

OBRAS SOCIALES.

Determinada la responsabilidad de los médicos por no haber efectuado el control oftalmológico que la situación del menor prematuro requería, nada corresponde objetar a la responsabilidad endilgada a la obra social demandada por el deber de seguridad que pesa sobre ésta, pues quien contrae la obligación de prestar un servicio –asistencia a la salud de la población en este caso– lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular.

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Si en cuanto a la interpretación de la ley 23.982 efectuada por el *a quo* sólo se encuentra cuestionada la exclusión de los montos indemnizatorios otorgados a los menores ya que se incluyó el resarcimiento fijado a favor de los padres dentro de dicho régimen sin que fuera objeto de apelación, corresponde declarar aplicable sólo respecto a la menor que se encuentra afectada de una incapacidad visual del 100% que el régimen de pago con bonos en los supuestos en que se trate de

una reparación integral que exige la atención inmediata de las afecciones de orden físico, psíquico y estético de quien reclama resulta incompatible con la garantía de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (art. 18, segunda parte, ley 25.344).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Dupuy, Daniel Oscar y otros c/ Sanatorio Modelo Quilmes y otros s/ daños y perjuicios resp. prof. médicos y aux.’ y el recurso extraordinario D.532.XLIV ‘Dupuy, Daniel Oscar y otros c/ Dirección de Ayuda Social para el Personal del Con. s/ art. 250 C.P.C. – incidente civil”.

Considerando:

1º) Que Daniel Oscar Dupuy y Viviana Noemí Sabín, por sí y en representación de sus hijos menores Yanet Marien, Solange Ailen y Braian Leonel, promovieron demanda contra el Sanatorio Modelo Quilmes, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación (D.A.S.) y los doctores Miguel Maiztegui, Daniel Morales, Eduardo Piucci y Gabriel Perales, por indemnización de los daños y perjuicios derivados de la mala praxis a la que fue sometida la menor Yanet Marien tras su nacimiento en forma prematura, lo que le provocó una ceguera bilateral irreversible.

2º) Que la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al modificar la sentencia de primera instancia que había hecho lugar parcialmente al reclamo, revocó la responsabilidad atribuida a los médicos por ausencia de monitoreo continuo durante los diez días en que se suministró oxígeno a la menor; redujo los montos resarcitorios; excluyó las sumas establecidas en favor de los menores del régimen de consolidación de deudas del Estado y dispuso diferir el pedido de levantamiento del embargo preventivo contra la obra social demandada hasta que se resolviese el incidente de medida cautelar.

3º) Que para así decidir, después de describir las circunstancias fácticas y de efectuar consideraciones respecto de la historia de la en-

fermedad sufrida por la menor –retinopatía del prematuro en grado V– y de las investigaciones médicas que existían al respecto, el tribunal señaló que los factores patológicos obstétricos (infección materna con tres tipos de bacterias), los antecedentes de la madre (aborto previo, factor RH negativo, poco control del embarazo) y el nacimiento de una niña prematura de 28 semanas y bajo peso, con cuadro séptico que requirió 11 días de antibiótico, sometida a oxigenoterapia durante 10 días para evitar su muerte, exanguinotransfundida por el nivel de bilirrubina y anémica, demostraban que había existido una situación de altísimo riesgo, lo que potenciaba el deber de obrar con el máximo de prudencia (art. 902 del Código Civil).

Asimismo, sobre la base de dicha situación de riesgo, las conclusiones de los peritos neonatólogo y oftalmólogo y el hecho de que la conducta de los médicos debía ponderarse no por los resultados sobrevenidos sino por las circunstancias en las que les había tocado actuar y con los elementos con que entonces contaban, la alzada sostuvo que la oxigenoterapia suministrada había sido indispensable para salvar la vida de la niña a costa de asumir otros peligros.

También añadió que el tema del oxígeno como causa de la enfermedad era materia de debate en los foros científicos, por lo que no podía exigirse a los galenos que probasen que dicho gas no había sido el causante del daño, más cuando la enfermedad respondía a múltiples factores, y que para la época del nacimiento había sido correcto, apropiado y de buena práctica controlar los valores mediante mediciones de gases en sangre.

4º) Que sin perjuicio de ello, el *a quo* consideró que lo decisivo para adjudicar responsabilidad médica era el problema relativo al control oftalmológico mediante el cual resultaba posible detectar la existencia de la enfermedad en el recién nacido e identificar el momento de aparición del grado III con signos plus, que indicaba la necesidad de tratamiento de la retinopatía y que ocurría en un período de ventana que variaba en los diferentes niños de acuerdo a la edad gestacional al nacer y las características propias de las enfermedades concurrentes, así como las particularidades genéticas intrínsecas de cada individuo.

Concluyó que si algo podía endilgarse a los galenos era no haber dispuesto el control oftalmológico de la recién nacida a partir del momento en que la buena práctica de aquella época recomendaba; que dicho momento era el citado período de ventana que se producía entre

la semana 32 y la semana 48 de edad postconcepcional; que el tratamiento –crioterapia– realizado en forma oportuna y correcta, aun con buenos resultados, no evitaba la ceguera en casi un tercio de los casos; que la única condición necesaria de la enfermedad era el nacimiento prematuro y que a la menor se le había privado de la chance de no quedar comprendida dentro del porcentaje de prematuros ciegos, daño actual y resarcible por implicar una probabilidad suficiente de beneficio económico frustrado por culpa de los responsables.

5°) Que por último, después de disminuir los montos indemnizatorios fijados a favor de la damnificada, sus padres y hermanos, la cámara entendió que por tratarse de una condena por daños a la salud e integridad física de menores de edad y por debatirse un crédito esencialmente alimentario, las sumas resarcitorias establecidas a favor de éstos quedaban excluidas del régimen de consolidación de deuda previsto en la ley 23.982; aparte de que el crédito también quedaba fuera del régimen por la fecha en que se había diagnosticado la ceguera.

6°) Que contra dicho pronunciamiento, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación interpuso recurso ordinario de apelación que fue concedido y recurso extraordinario federal, cuyo tratamiento fue diferido a resultas del ordinario (fs. 2193 y 2281/2282, respectivamente). Asimismo, los actores dedujeron un remedio federal que fue concedido (fs. 2281/2282).

7°) Que por otro lado, en la causa D.532.XLIV “Dupuy, Daniel Oscar y otro c/ Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso s/ art. 250 C.P.C. – incidente civil” que corre agregada por cuerda, la cámara confirmó la resolución de la instancia anterior que había dispuesto trabar embargo preventivo sobre los ingresos de la entidad demandada hasta cubrir los montos indemnizatorios otorgados a los menores, sentencia contra la cual la obra social vencida interpuso recurso extraordinario que fue concedido (fs. 110).

A tal efecto, la alzada entendió que la medida cautelar adoptada resultaba procedente en los términos del art. 212, inc. 3°, del Código Procesal; que la ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuestos (t.o. 2005) sólo declaraba la inembargabilidad de aquellos medios de financiamiento destinados a la ejecución presupuestaria del sector público, sin que ello implicase que no pudieran ser afectados otros fondos cuando, como en el caso, la deuda no se encontraba alcanzada por las leyes de emergencia.

8º) Que en virtud de la mayor amplitud de la jurisdicción ordinaria de este Tribunal, corresponde tratar en primer lugar el recurso ordinario de apelación (conf. doctrina de Fallos: 306:1409; 318:1593, entre muchos otros), que es formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra la sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte y el valor cuestionado, sin sus accesorios, supera el mínimo dispuesto por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución de esta Corte 1360/91.

9º) Que la obra social demandada sostiene que el *a quo* ha efectuado un análisis inadecuado y arbitrario de las constancias de la causa en lo que hace a la imputación de falta de control oftalmológico; que no se valoró la responsabilidad de los padres de la menor por su conducta previa al parto y posterior al alta; que la interconsulta oftalmológica se indicó cuando todavía se estaba dentro del período de ventana y sólo la demora de los progenitores permitió superar dicho período; y que para la época del hecho el tratamiento de crioterapia sólo era motivo de investigación, sin que existiese un protocolo para el seguimiento y control de la retinopatía.

Se agravia de la cuantificación de los daños pues entiende que debe hacerse sobre la chance que razonablemente hubiese tenido de visión, lo que para ese momento se reducía a una capacidad visual del 40% en el mejor de los casos, y objeta que se le atribuya responsabilidad pues su obligación se circunscribe a verificar si el sanatorio contaba con la infraestructura necesaria para controlar el oxígeno, sin que se describa una conducta imputable a su parte que hubiese cambiado los acontecimientos.

Por último, critica la excepción al régimen de consolidación de la ley 23.982, la inaplicabilidad de los arts. 131 y 132 de la ley 11.672 y la traba del embargo sobre fondos públicos, ya que considera que no existe un análisis sobre su naturaleza jurídica y que la deuda aun no ha sido liquidada judicialmente.

10) Que los agravios de la recurrente vinculados con la falta de valoración de la actitud asumida por los padres durante el embarazo y con posterioridad al alta médica; el análisis de la conducta adoptada por los médicos a los efectos de determinar la existencia de culpa, y el fundamento por el cual se endilgó responsabilidad a la obra social, no constituyen más que discrepancias con la apreciación de las constan-

cias de la causa realizada por el *a quo*, sin que logren desvirtuar los argumentos utilizados en la sentencia apelada.

11) Que en efecto, contrariamente a lo afirmado por la apelante, la alzada valoró tanto los antecedentes y factores patológicos obstétricos que presentaba la madre como las condiciones en que había nacido la menor y las acciones terapéuticas a la que había sido sometida durante su internación en la unidad de cuidados intensivos del área de neonatología del sanatorio, para concluir que se estaba ante una situación de altísimo riesgo –caracterización no desconocida por la obra social en su recurso– que obligaba a los galenos a ajustar su deber de actuar con prudencia (art. 902 del Código Civil).

12) Que al margen de los reparos que pudiera merecer la conducta de la progenitora con anterioridad al parto –controles esporádicos del embarazo y falta de tratamiento de una infección urinaria–, no puede constituir argumento suficiente para eximir o atenuar la responsabilidad de los médicos demandados las posibles causas que pudieron dar origen a la prematurez del recién nacido, pues lo que se encuentra en juego en el caso es la atención prestada por dichos profesionales al neonato en las condiciones señaladas, más aún cuando, según los informes médicos obrantes en la causa, de haber existido un oportuno control oftalmológico hubiera sido posible evitar o disminuir el resultado dañoso, sin que hubiera incidido en ello las razones que pudieron haber motivado el nacimiento prematuro.

13) Que aun cuando pudiese considerarse, como lo indica la code mandada, que para la época del hecho el tratamiento de crioterapia estaba en estudio –a pesar de que los expertos señalan que para fines de los años 80 y principios de 1990 ya se empleaba dicha terapéutica, según surge de fs. 1358 vta., 1478 y 1517–, lo cierto es que de la historia clínica no surge que se le hubiese efectuado o indicado algún control oftalmológico a la recién nacida durante su internación.

14) Que tanto el hecho del nacimiento prematuro con 28 semanas de gestación y bajo peso, como la sepsis sospechada por antecedentes maternos y medicada con antibióticos, la oxigenoterapia durante 10 días por tener dificultades respiratorias y la exanguinotransfusión a la que fue sometida la menor, constituyen factores que, según dan cuenta los peritos que se expidieron en la causa, determinaban la posibilidad de que existiese la enfermedad, lo que no podía ser desconocido por los

galenos que tuvieron a su cargo la atención y el cuidado de la recién nacida.

15) Que en tal sentido, los informes de los peritos neonatólogo y oftalmólogo son concordes en sostener que la primer interconsulta oftalmológica debió haberse realizado con carácter previo al alta de la beba, entre la 6ª y la 8ª semana de edad postnatal, lo que no surgía de la historia clínica, resultando tardía la solicitud de consulta prescripta durante la semana 14 de dicha edad (conf. fs. 1357, 1358 vta., 1361, 1396, 1474, 1477, 1486 y 1519).

16) Que tampoco corresponde atribuir a la demora de los padres en efectuar el control oftalmológico algún grado de concausalidad en la producción del daño, pues aun cuando se considerase la mejor hipótesis para la recurrente, en cuanto a interpretar que al indicarse la interconsulta oftalmológica la enfermedad todavía se encontraba dentro del período de ventana que hubiese permitido detectarla y comenzar su tratamiento, ni de la historia clínica ni de las restantes constancias de la causa surge que al darse el alta a la menor o al efectuar dicha indicación en la séptima visita al consultorio externo, se hubiese informado a los progenitores acerca de la urgencia del caso, dados los riesgos que corría la capacidad visual de la niña por las condiciones en que había nacido y las acciones terapéuticas a las que había sido sometida.

17) Que determinada la responsabilidad de los médicos por no haber efectuado el control oftalmológico que la situación requería, nada corresponde objetar a la responsabilidad endilgada a la obra social demandada por el deber de seguridad que pesa sobre ésta, pues la Corte Suprema ha señalado que quien contrae la obligación de prestar un servicio –en el caso asistencia a la salud de la población– lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (conf. Fallos: 317:1921; 322:1393 y 329:2688 voto de la mayoría y disidencia parcial del juez Lorenzetti).

18) Que en tal sentido el Tribunal también ha destacado que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los

profesionales que participen en la atención brindada en las aludidas entidades. El adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente; porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en lo que hace a la prestación médica en sí como a la sanitaria, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control (conf. Fallos: 306:178; 308:344; 317:1921; 322:1393 y 329:2688 voto de la mayoría y disidencia parcial del juez Lorenzetti).

19) Que a la luz de esta doctrina, las críticas de la apelante dirigidas a sostener que la cámara no explicó los motivos concretos de la imputación de responsabilidad a la obra social demandada pierden todo sustento en la medida que no se encuentra discutido que tenía a su cargo el control del sistema sanitario de salud al que pertenecían los damnificados.

20) Que tampoco merece favorable recepción en esta instancia el agravio tendiente a obtener la disminución de los montos de condena, toda vez que el desarrollo argumental de la recurrente no resulta suficiente para descalificar el criterio circunstanciado que adoptó el *a quo* para reducir de modo sustancial las sumas fijadas por el juez de primera instancia —de \$ 3.102.806,36 a \$ 1.323.800—, sustentado en la pauta de que, al cuantificar los daños ocasionados, en particular en lo que respecta a la incapacidad física, debía tenerse en cuenta que se indemnizaba una chance, lo que implicaba la procedencia de un resarcimiento más reducido.

21) Que en cuanto a las objeciones dirigidas a cuestionar la interpretación que el *a quo* efectuó de la ley 23.982, también invocadas en los remedios federales deducidos por la D.A.S., corresponde señalar que sólo se encuentra cuestionada la exclusión de los montos indemnizatorios otorgados a los menores de dicho régimen, dado que el juez de primera instancia en el incidente de medida cautelar incluyó el resarcimiento fijado a favor de los padres dentro del sistema de consolidación, pronunciamiento que no fue objeto de apelación por éstos.

22) Que en lo que respecta a dicha cuestión, cabe mencionar que en el caso se debate una obligación de causa anterior al 1° de abril de

1991 –el 25 de febrero de 1991 se diagnosticó la ceguera a la menor– y la D.A.S. constituye una obra social del sector público en los términos del art. 2º de la citada norma (conf. Fallos: 328:1740 y 329:463).

23) Que el art. 1º de la ley 23.982 dispone que se consolidan en el Estado Nacional las obligaciones vencidas o de causa o título anterior al 1º de abril de 1991 que consistan en el pago de sumas de dinero, cuando el crédito haya sido reconocido por pronunciamiento judicial. Por su parte, el art. 7º establece que los recursos que anualmente asigne el Congreso para atender el pasivo consolidado del Estado Nacional, se imputarán al pago de los créditos reconocidos, de acuerdo a un orden de prelación en el que figura como inciso c: “los créditos por daños a la vida, en el cuerpo o en la salud de las personas físicas...”, lo que revela la voluntad del legislador de incluir en el régimen de consolidación de deudas, las que se originen en la obligación del Estado de resarcir daños como los que en esta causa se han determinado.

24) Que sin perjuicio de ello, la compatibilidad constitucional de un sistema como el que establece la ley 23.982 –en procura de un fin público que resguarda los intereses superiores de la comunidad–, depende de la adecuación del medio al fin perseguido, es decir, de que la subsunción del caso concreto en la legislación de emergencia, aun cuando comporte una restricción razonable al uso y goce de los derechos individuales, no signifique una degradación tal que destruya la sustancia del derecho reconocido (Fallos: 243:467; 316:779; 318:1593, entre otros).

25) Que en tal sentido, según surge de las actuaciones, es la demandante Yanet Marien Dupuy quien se encuentra afectada de una incapacidad visual del 100% que requiere el tratamiento oportuno de las secuelas que padece a raíz de la mala praxis a la que fue sometida después de su nacimiento.

En consecuencia, sólo respecto de los montos indemnizatorios fijados a su favor –por resultar la damnificada directa del hecho que dio origen a la causa– resulta de aplicación al caso la doctrina de Fallos: 318:1593; 327:2551 y 4067, en cuanto declara que el régimen de pago con bonos en los supuestos en que se trate de una reparación integral que exige la atención inmediata de las afecciones de orden físico, psíquico y estético de quien reclama resulta incompatible con la garantía de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (conf. art. 18, segunda parte, de la ley 25.344).

A ello se suma que cuando se evalúan situaciones vinculadas con beneficios de índole alimentaria debe extremarse la cautela a fin de lograr que lleguen en tiempo y forma las prestaciones comprometidas y tal ponderación “particularmente cuidadosa” debe efectuarse a favor de los derechos de los beneficiarios (conf. Fallos: 326:1733; 327:2551 y 4067).

26) Que por último, los agravios vinculados al cómputo de los intereses deben ser admitidos. Ello es así, pues al decidir que el monto total de la condena “deberá llevar los intereses en la forma establecida en la anterior instancia”, el *a quo* omitió tener en cuenta que la aplicación del régimen de consolidación de deudas a los montos adjudicados a los padres, decidida por el juez de grado en el incidente de medida cautelar, se encontraba firme.

En consecuencia y dado lo resuelto en esta oportunidad, tanto respecto de dichos montos como de los adjudicados a los hermanos de la menor incapacitada deberán aplicarse los réditos fijados por el juez de primera instancia desde la fecha del hecho y hasta la fecha de corte establecida por la ley 23.982, y de allí en adelante los fijados por el régimen de consolidación; manteniéndose los estipulados por el magistrado respecto de la indemnización otorgada a la menor Yanet Marien Dupuy atento a la exclusión determinada en los considerandos anteriores.

27) Que el recurso extraordinario deducido por los actores resulta inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

28) Que examinados los recursos deducidos en el expediente principal, corresponde ingresar en el análisis del remedio federal que la obra social demandada dedujo en el incidente de medida cautelar respecto del pronunciamiento de cámara que confirmó la resolución de primera instancia que había ordenado trabar embargo preventivo sobre todos los ingresos diarios de la D.A.S., hasta cubrir los montos indemnizatorios otorgados a los menores en la sentencia de grado (\$ 2.609.902,40, con más \$ 1.500.000 presupuestados para cubrir los intereses y las costas, conf. fs. 74/75).

29) Que la mencionada resolución es equiparable a definitiva porque causa un perjuicio no susceptible de reparación ulterior –afectación

de los recursos estatales— y el recurso extraordinario es formalmente procedente pues se halla en tela de juicio la interpretación de una ley de carácter federal y la decisión definitiva ha sido adversa a las pretensiones del apelante (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

30) Que por las consideraciones expuestas en la causa “Giovagnoli” (Fallos: 322:2132) a cuyos términos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad, corresponde revocar el pronunciamiento apelado. En efecto, las razones invocadas en el citado precedente llevan a afirmar que el procedimiento de cobro de las sumas fijadas en la sentencia de condena debe seguir el trámite dispuesto en los arts. 131 y 132 de la ley 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto.

En tal sentido esta Corte tiene dicho, respecto de la ley 23.982, que el pronunciamiento que dispone la inmediata ejecución del crédito por las vías comunes no encuentra sustento alguno en las normas que rigen el cumplimiento de sentencias que condenan al Estado Nacional e importa prescindir de ellas, que resultan de inexcusable aplicación habida cuenta del carácter de orden público de la ley de consolidación (conf. arg. Fallos: 326:1632 y 329:463).

Por ello se resuelve: 1º) Declarar admisible el recurso ordinario interpuesto por la demandada y revocar parcialmente la sentencia apelada con el alcance que surge de los considerandos 21 a 26. Costas por su orden en atención al modo en que se resuelve. 2º) Desestimar el recurso extraordinario interpuesto por los actores. Con costas. 3º) Declarar formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandada en el incidente de medida cautelar y revocar la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por **la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación co-demandada en autos**, representada por el Dr. **Raúl Mario Potenza**.

Traslado contestado por **Daniel Oscar Dupuy y otros, actores en autos**, representados por los Dres. **José María Grangeat y Alberto Enrique Fauberbach**.

Recursos extraordinarios interpuestos por **Daniel Oscar Dupuy y otros, actores en autos**, representados por los Dres. **José María Grangeat y Alberto Enrique Fauberbach**; y por **la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, co-demandada en autos**, representada por el Dr. **Raúl Mario Potenza**.

Traslados contestados por **Daniel Oscar Dupuy y otros actores en autos**, representados por los Dres. **José María Grangeat y Alberto Enrique Fauberbach**, con el patrocinio letrado del Dr. **Tomás Mario Di Benedetto**; por la **Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, co-demandada en autos**, representada por el Dr. **Raúl Mario Potenza**; y por el **Sanatorio Modelo Quilmes S.A., demandado en autos**, representado por los Dres. **Mario Nicolás Sinisgalli y Miguel Angel Maiztegui**, patrocinados por el Dr. **Pablo Julián Stifman** y por la Dra. **María Cristina Martínez Córdoba, Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 52.**

MACHADO, JORGE JOSE c/ COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS
DE LA CAPITAL FEDERAL s/ QUEJA

SANCIONES DISCIPLINARIAS.

Cabe dejar sin efecto por arbitrariedad, la sentencia que confirmó la sanción que el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal impuso a un abogado –condenado a un año y ocho meses de prisión en suspenso e inhabilitación especial por el mismo tiempo, por el delito de estafa en grado de tentativa–, consistente en la exclusión de la matrícula profesional, pues el *a quo* no ponderó adecuadamente el argumento planteado por el apelante relativo a la inexistencia de la audiencia de vista de causa –conducente para la solución del litigio–, vicio que podría afectar la validez de la sanción impuesta, toda vez que esta se basa en un antecedente de hecho que no existió en realidad, lo cual implica falsa causa (art. 7°, inc. b y 14, inc. b de la ley 19.549) y una lesión a la garantía del debido proceso adjetivo y al derecho de defensa en juicio, que eventualmente provocaría la nulidad del acto en cuestión.

SANCIONES DISCIPLINARIAS.

Cabe dejar sin efecto por arbitrariedad, la sentencia que confirmó la sanción que el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal impuso a un abogado –condenado a un año y ocho meses de prisión en suspenso e inhabilitación especial por el mismo tiempo, por el delito de estafa en grado de tentativa–, consistente en la exclusión de la matrícula profesional, pues si bien las facultades disciplinarias conferidas al Colegio Público de Abogados por la ley 23.187 persiguen el objetivo de asegurar el correcto ejercicio de la abogacía en todos los ámbitos de la actuación profesional, ello no lo habilita a actuar de manera irrazonable, con desconocimiento de las reglas procedimentales establecidas al efecto (Voto de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Carmen M. Argibay).

ABOGADO.

Cabe dejar sin efecto por arbitrariedad, la sentencia que confirmó la sanción que el Tribunal de Disciplina impuso a un abogado –condenado por el delito de estafa en grado de tentativa–, consistente en la exclusión de la matrícula profesional, pues la cámara no ponderó adecuadamente el planteo del actor sobre la inexistencia de la audiencia de vista de causa, ni que el demandado se limitó a reconocer en forma tardía que aquél organismo no había realizado dicha audiencia por resultar innecesaria, soslayando toda explicación de la razón por la cual, a pesar de ello, dejó expresa constancia de su realización al dictar el acto sancionatorio, conducta que comporta una clara inobservancia de las elementales garantías constitucionales de la defensa en juicio y debido proceso adjetivo, imprescindibles para el ejercicio de la facultad disciplinaria que ha sido atribuida por la ley 23.187, que podría afectar la validez del acto sancionatorio impugnado y del procedimiento que lo precedió (Voto de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Carmen M. Argibay).

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 153/155, de los autos principales (a cuya foliatura corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) confirmó la sanción que el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal impuso al abogado Jorge José M., consistente en la exclusión de la matrícula profesional con fundamento en los arts. 44. inc. a) y 45. inc. e). ap. 2, de la ley 23.187 y 27 del Código de Etica en el Ejercicio de la Abogacía.

Para así resolver, en primer término. los jueces de la Cámara rechazaron las defensas de prescripción de la acción y caducidad ‘temporal para el dictado del pronunciamiento deducidas por el recurrente, pues entendieron que el plazo de prescripción comenzó a correr a partir de la fecha en que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal recibió la notificación de que el recurso de casación que el letrado había planteado contra la sentencia penal que lo condenó había sido rechazado y, desde esa fecha hasta el dictado de la resolución por parte del Tribunal de Disciplina, no había transcurrido el plazo que prevé el art. 48 de la ley 23.187.

Asimismo, descartaron que fuera óbice para concluir de ese modo la ausencia de la audiencia de vista, ya que el art. 10 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Disciplina sólo exige su celebración en función de la recepción de la prueba y no resulta necesaria en aquellos supuestos en los que sólo se ordena la agregación de la documentación acompañada y se deniega la prueba testimonial, como sucedió en el caso de autos.

También señalaron que los arts. 43 de la ley 23.187 y 15 del Reglamento de Procedimientos para el Tribunal de Disciplina, contemplan la independencia de las sanciones a que puede dar lugar un hecho, por lo que la conducta del profesional puede ser reprochada en consideración a los distintos bienes jurídicos tutelados por los diferentes ordenamientos, sin que se encuentre afectado el principio *non bis in idem*. En ese sentido, no advirtieron que la sanción que se le impuso al abogado fuera desproporcionada en relación con el hecho que dio lugar a la condena penal por el delito de tentativa de estafa.

– II –

Contra tal pronunciamiento, el actor dedujo el recurso extraordinario de fs. 159/178, que fue concedido por la cámara, en orden a la cuestión federal involucrada en la causa y rechazado en lo atinente a las invocadas causales de arbitrariedad (v. fs. 192). Ante ello, se presenta en forma directa al Tribunal, que tramita por expediente N° M. 140 L. XLV, sobre el que también me expido en el día de la fecha.

El recurrente plantea, en síntesis, los siguientes agravios contra la sentencia de la cámara: a) Afecta garantías constitucionales amparadas por el principio *non bis in idem*, consagradas en numerosos tratados internacionales de jerarquía constitucional. Sostiene que al haber sido condenado en sede penal, tanto a la pena de prisión como a la accesoria de inhabilitación especial para ejercer la abogacía por igual tiempo que aquélla (un año y ocho meses), la conducta reprochada fue alcanzada y sancionada por el tipo penal, resultando dicha sanción la misma que la contenida en la norma disciplinaria pues tutelan el mismo bien jurídico, con lo cual existe un doble juzgamiento prohibido por nuestra Constitución. b) Es inválida la conclusión del tribunal cuando afirma que la audiencia de vista (art. 10 del Reglamento de Procedimiento para el Tribunal de Disciplina) sólo es imprescindible para la recepción de la prueba y que no es necesaria para su caso en el que sólo se ordenó la agregación de la prueba documental y se de-

negó la testimonial. En su concepto, esa audiencia es imprescindible para ejercer el derecho de defensa en juicio y su omisión es causa de nulidad del procedimiento. c) La sanción es irrazonable, toda vez que existe una falta de concordancia o proporción entre la pena aplicada y la supuesta infracción. d) Por último, señala que la sentencia desconoce arbitrariamente cuestiones de hecho y resuelve en forma contraria al derecho federal aplicable, no trata temas propuestos para la solución del caso y contiene una fundamentación aparente.

– III –

Ante todo, cabe destacar que la Corte tiene reiteradamente dicho que en caso de basarse el recurso extraordinario en dos fundamentos, de los cuales uno es la arbitrariedad, corresponde considerar éste en primer término, pues de existir esa tacha, deviene insustancial el tratamiento de los demás argumentos, ya que no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 318:819; 322:904; 323:2504; 327:5234; 329:4044 y 5019, entre otros).

En tales condiciones, toda vez que el letrado dedujo la correspondiente queja ante la denegación de los agravios fundados en la arbitrariedad de la sentencia, estimo que, por elementales razones de orden metodológico, procede examinar tales críticas con antelación a las restantes cuestiones involucradas en la *litis*.

– IV –

Sentado lo anterior, cabe recordar que el examen de normas de derecho común y la apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 327:5556). Sin embargo, ha entendido el Tribunal que esta regla no es óbice para conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía del debido proceso y la defensa en juicio, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Con tal comprensión, considero que asiste razón a la recurrente cuando sostiene que el pronunciamiento apelado ha sido arbitrario, básicamente por dos razones.

En primer término, cabe señalar que la facultad disciplinaria del Colegio, atribuida por la ley 23.187, persigue el objetivo de asegurar el correcto ejercicio de la abogacía en todos los ámbitos de la actuación profesional (Fallos: 321:2904) y, a tal efecto, le permite juzgar a los abogados inscriptos en la matrícula y aplicar las sanciones correspondientes, previa tramitación de un procedimiento determinado, que debe desarrollarse con absoluto respeto de los principios inherentes al debido proceso legal para preservar los derechos de los citados profesionales (Fallos: 324:2449).

Ahora bien, en el *sub lite* la cámara no ponderó adecuadamente el argumento planteado por el apelante relativo a la inexistencia de la audiencia de vista de causa, que resulta conducente para la solución del litigio. En efecto, los miembros del Tribunal de Disciplina en el momento de imponer la sanción al letrado manifestaron: “*Se deja expresa constancia que todos los abajo firmantes **hemos escuchado la cinta magnetofónica de la audiencia de vista que se celebrara en la sala III***” (fs. 99 vta.). Sin embargo, de las constancias de la causa surge que la mencionada audiencia no se celebró y así incluso lo reconoció el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en la presentación ante la Cámara de Apelaciones al contestar el traslado del recurso extraordinario, en cuanto afirma “*la audiencia de vista de causa no se realizó porque no iba a haber testimonios por lo tanto era innecesaria, bastaba con la prueba instrumental aportada para evaluar los hechos*” (confr. fs. 187 vta., sexto párrafo).

Tal circunstancia configura un vicio que podría afectar la validez de la sanción impuesta por el Tribunal de Disciplina, toda vez que esta se basa en un antecedente de hecho que no existió en la realidad, lo cual implica falsa causa (art. 7º, inc. b. y 14. inc. b, de la ley 19.549) y una lesión a la garantía del debido proceso adjetivo, así como también al derecho de defensa en juicio, que eventualmente provocaría la nulidad del acto en cuestión.

En segundo término, también resultan atendibles los argumentos del apelante referidos al modo en que la cámara consideró su defensa en cuanto al exceso de punición en que incurrió el Tribunal de Disciplina. Ello es así, porque el recurrente fundamentó su posición con argumentos serios y conducentes, citando incluso diversos precedentes tanto de la Corte Suprema como de la propia Cámara, que ciertamente podrían hacer variar la resolución del caso, y la respuesta que obtuvo del tribunal fue meramente dogmática, sin tener presentes los antecedentes

jurisprudenciales traídos por el abogado, todo ello con el agravante de que está en discusión la exclusión de la matrícula profesional del recurrente, la máxima sanción que contempla la ley 23.187.

De tal modo, en mi concepto, media en el caso nexo directo e inmediato entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48), porque la incorrecta apreciación de las circunstancias obrantes en la causa, así como la falta de adecuado tratamiento de cuestiones conducentes para la correcta solución del litigio, con grave afectación del derecho de defensa en juicio, determinan la admisión del recurso con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, sin que sea necesario examinar los otros agravios que plantea el apelante.

– V –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta, revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario y devolver las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que dicte una nueva ajustada a derecho. Buenos Aires, 17 de noviembre de 2009. *Laura M. Monti*.

Suprema Corte:

En el día de la fecha me expido en los autos principales y en atención a ello y a los términos que surgen de ese dictamen, considero que corresponde hacer lugar a esta queja, revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario y devolver las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que dicte una nueva ajustada a derecho. Buenos Aires, 17 de noviembre de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Machado, Jorge José c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) (expte. 19.982/05)”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos expuestos por la señora Procuradora Fiscal en el dictamen que antecede, a cuyas consideraciones 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. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en sesión plenaria y por mayoría, impuso al actor la sanción de exclusión de la matrícula: (i) en razón de haberse violado los arts. 6º, incisos a y e, 44, incisos a, g y h de la ley 23.187, y los arts. 10, inciso a, 19, inciso a, 22, incisos a y b, y 26 y 27 del Código de Ética; y (ii) en función de lo preceptuado en los arts. 45, inciso e, apartado 2º, y 47, párrafo 3º, de la ley 23.187, y en los arts. 26, inciso b, y 27 del Código de Ética.

Para así decidir, tuvo en cuenta, primordialmente, que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 había impuesto al actor la pena de un año y ocho meses de prisión en suspenso y la inhabilitación especial por el mismo tiempo, por el delito de estafa en grado de tentativa –sentencia que se encontraba firme–. Ponderó, asimismo, que “el delito fue cometido en el ejercicio de la profesión” y que la conducta examinada

comportaba una grave infracción tanto a las normas que rigen la abogacía, cuanto al decoro y a la ética profesional. A ello añadió que el actor no tomó los “mínimos recaudos de identidad respecto del reclamante de los servicios profesionales”, ni tampoco “la precaución de hacer un acuerdo, o, al menos, firmar un escrito simple en el que se volcaran las condiciones del arreglo”. Al mismo tiempo, remarcó que “...tratándose de cheques en los que no figura como beneficiario el portador, deben extremarse las precauciones de atención del caso [...] la Ley N° 24.452, la que resultó complementada por el dictado de la Ley N° 24.760, leyes éstas que deben reputarse conocidas por un especialista del derecho. Tales reformas hicieron perder al portador la calidad de legitimidad para actuar...”.

Contra esa decisión, el actor interpuso recurso directo de apelación en los términos del art. 47 de la ley 23.187.

2º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sanción.

Tras desestimar las defensas de prescripción de la acción y de caducidad temporal para el dictado de la decisión apelada, sostuvo, en cuanto aquí más interesa, que: (a) el art. 10 del reglamento de procedimiento del tribunal de disciplina exige la celebración de una audiencia de vista en función de la prueba recibida, pero dicha audiencia no resulta necesaria cuando, como ocurre en este caso, sólo se ordenó la agregación de prueba documental y se denegó la producción de prueba testimonial ofrecida por el actor, sin que se haya replanteado su reproducción en la alzada; (b) las sanciones impuestas por el tribunal de disciplina remiten a la definición de faltas deontológicas es decir, infracciones éticas más que jurídicas, en cuyo diseño no juegan enunciados generales, que si bien no resultarían asimilables en un sistema abstracto fundado en una situación de supremacía general cabe perfectamente bajo un régimen de supremacía especial, como expresión tanto de la disciplina interna de la organización como por la cercanía moral de los titulares del órgano sancionador, pares del inculpado, interpretando un sistema ético que les envuelve a ambos; (c) la subsunción del supuesto fáctico concreto dentro de la fórmula de la infracción es, como principio, resorte primario de quien está llamado a valorar comportamientos que precisamente puedan dar lugar a la configuración de infracciones, limitándose la revisión judicial a las hipótesis en que ha mediado indefensión o la decisión resulte manifiestamente arbitraria.

3º) Que contra ese pronunciamiento, el actor interpuso recurso extraordinario, que fue concedido en cuanto se halla en juego la interpretación de normas federales y denegado respecto de la arbitrariedad alegada, lo cual dio lugar al recurso de hecho M.140.XLV.

4º) Que, en cuanto aquí importa señalar, el actor sostiene la nulidad del procedimiento llevado a cabo en el Tribunal de Disciplina y del acto sancionatorio, sobre la base de dos pilares argumentativos que habían sido expuestos con claridad ante la cámara. En efecto, por un lado señala que está debidamente probado que la audiencia de vista de causa no tuvo lugar durante el desarrollo del procedimiento ante la sala interviniente de aquel tribunal. Por otro lado, expresa que a pesar de que ello fue así, todos los miembros de ese tribunal que estuvieron presentes en la sesión plenaria, afirmaron que dicha audiencia se había producido y que en su transcurso se había escuchado la cinta magnetofónica.

5º) Que el recurso extraordinario es admisible, en tanto el referido agravio del actor configura cuestión federal pues se relaciona con la violación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso adjetivo consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional.

6º) Que resulta útil poner de relieve que al apelar la decisión sancionatoria, el actor, con invocación del art. 10, inciso e, del Reglamento de Procedimiento para el Tribunal de Disciplina, planteó “la nulidad de la sentencia por inexistencia de vista de causa”. Dicha disposición prescribe que “A las audiencias fijadas deberá concurrir personalmente el letrado denunciado bajo apercibimiento de que la incomparecencia injustificada podrá ser considerada presunción en su contra –salvo prueba en contrario...”.

El actor señaló que, durante la tramitación del procedimiento, el Tribunal de Disciplina soslayó el cumplimiento de un recaudo esencial determinado por la reglamentación aplicable, como es la referida audiencia de vista, con afectación del debido proceso adjetivo, toda vez que el acto así dictado se encuentra viciado de nulidad.

Sin perjuicio de tales fundamentos, alegó que el acto sancionatorio contenía una falsedad al afirmarse que “se deja constancia que todos los abajo firmantes hemos escuchado la cinta magnetofónica de la audiencia de vista de causa que se celebrara en la Sala III”, dado que en

la causa disciplinaria no se celebró dicha audiencia; además –indicó–, él no fue notificado ni anoticiado de su existencia. Enfatizó, asimismo, que como no se trata “de una sanción menor sino de la máxima sanción”, los integrantes del Tribunal de Disciplina “debieron efectuar el máximo análisis diligente de la causa y del procedimiento”.

A partir de esas premisas, concluyó en la siguiente afirmación: “... sin norma previa autorizante, el Tribunal omitió la audiencia de vista de causa, y posteriormente, falseó su existencia. Ello, vicia el procedimiento de nulidad y viola el debido proceso” (fs. 107/125).

Al contestar el traslado de la apelación, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal manifestó que la audiencia de vista de causa no se realizó porque era innecesaria, ya que no había testimonios y “bastaba con la prueba instrumental aportada para evaluar los hechos” (fs. 145/151). La misma posición fue reiterada al contestar el recurso extraordinario (fs. 183/190 vta.).

7º) Que si bien es cierto que las facultades disciplinarias conferidas al Colegio Público de Abogados por la ley 23.187 persiguen el objetivo de asegurar el correcto ejercicio de la abogacía en todos los ámbitos de la actuación profesional (Fallos: 318:892; 321:2904), ello no lo habilita a actuar de manera irrazonable, con desconocimiento de las reglas procedimentales establecidas al efecto.

8º) Que de la reseña que ha sido efectuada en los considerandos precedentes, se advierte, por un lado, que la cámara no ponderó adecuadamente el planteo del actor sobre la inexistencia de la audiencia de vista de causa, y, por otro, que el demandado se limitó a reconocer en forma tardía que el Tribunal de Disciplina no había realizado la audiencia de vista por resultar innecesaria, soslayando toda explicación de la razón por la cual, a pesar de ello, dejó expresa constancia de su realización al dictar el acto sancionatorio. Esa conducta comporta una clara inobservancia de las elementales garantías constitucionales de la defensa en juicio y debido proceso adjetivo, imprescindibles para el ejercicio de la facultad disciplinaria que ha sido atribuida por la ley 23.187, que podría afectar la validez del acto sancionatorio impugnado y del procedimiento que lo precedió.

Tales circunstancias no fueron ponderadas debidamente por el tribunal *a quo*, el cual, sobre la base de consideraciones genéricas,

convalidó la actuación del Tribunal de Disciplina, que, como se vio, compromete las referidas garantías constitucionales.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, con el alcance indicado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por el Dr. **Jorge José Machado**, con el patrocinio del Dr. **Pedro Aberastury**.

Recurso extraordinario interpuesto por el Dr. **Jorge José Machado**, con el patrocinio del Dr. **Pedro Aberastury**.

Traslado contestado por el **Colegio Público de Abogados de Capital Federal**, representado por el Dr. **Eduardo González Ocantos**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal de Disciplina del C.P.A.C.F.**

MINISTERIO PÚBLICO DE LA NACIÓN
S/ AV. ILÍCITO POSIBLE TRATA DE PERSONAS

TRATA DE PERSONAS.

Ante la existencia de alguno de los extremos inherentes al delito de trata de personas, la justicia federal no puede declinar su competencia ni rechazar la que se le pretenda atribuir sin antes realizar las medidas necesarias para establecer si se halla configurado o no dicho ilícito.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

PROSTITUCION.

Aunque el estado de las actuaciones fuera apenas embrionario, si las medidas probatorias realizadas indicaban que a la hipótesis fáctica inicial —presunta

actividad de proxenetismo— se sumaba un elemento que obligaría a descartar primeramente la existencia de un supuesto de trata —el hecho de que muchas de las mujeres que trabajaban como “alternadoras” en los cabarets en cuestión lo hacían con libreta sanitaria y provenían del extranjero o de provincias distantes—, la resolución del juez federal de rechazar la asignación fue prematura, pues en vista de las circunstancias mencionadas debió asumir la investigación y orientar la pesquisa a establecer.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

Entre el Juzgado de Instrucción y Correccional N° 5, Segunda Circunscripción, de General Pico y el Juzgado Federal de Santa Rosa, ambos de la Provincia de La Pampa, se suscitó la presente contienda negativa de competencia referida a la causa iniciada a partir de las actuaciones remitidas por la Unidad Fiscal de Asistencia para la Investigación de Secuestros Extorsivos y Trata de Personas de la Procuración General de la Nación (UFASE).

Informada la UFASE de que en el marco de los controles realizados en locales nocturnos de General Pico (directiva interna de la Subdelegación de la Policía Federal Argentina O.T. “J” N° 25/2010), se había establecido la existencia de cuatro cabarets (“P”, “O”, “K” y “T”) en los que varias mujeres ejercerían la prostitución, su titular dispuso remitir las actuaciones a la justicia provincial a fin de que se investigue la posible infracción al art. 17 de la ley 12.331. Más allá de la calificación ensayada, en ese mismo acto también advirtió acerca de la posibilidad de que de esa actividad pudieran derivarse otros delitos, y ello, teniendo en cuenta que las casas de tolerancia donde se ejerce, incita o estimula la prostitución ajena suelen esconder en muchos casos situaciones de explotación con ausencia de consentimiento válido (arts. 125 *bis*, 126 y 127 del Código Penal) e incluso un proceso de captación previo a que la explotación se concrete (arts. 145 *bis* y 145 *ter* del mismo cuerpo legal). (fs. 15/17 vta.).

Tras recibir las actuaciones el juez local reunió diversos elementos probatorios que daban cuenta de: (i) que los cuatro establecimientos

comerciales mencionados hablan sido habilitados bajo el rubro “cabaret”, (ii) que varias de las mujeres a las que se les había expedido libreta sanitaria trabajaban en alguno de esos locales y, además, (iii) que muchas de ellas provenían de distintas provincias del interior del país, a saber, Misiones, Santa Fe, Río Negro, Córdoba, Mendoza, Catamarca, La Rioja, Tucumán y Buenos Aires, así como también de distintos países, tales como República Dominicana y República de Paraguay. Sobre la base de esos elementos, el magistrado declinó su competencia a favor de la justicia federal en el entendimiento de que la investigación cursada había preliminarmente establecido la presunta infracción al art. 145 *bis* y *ter* del Código Penal, conforme ley 26.364 (fs. 37/38 vta.).

El juez federal, por su parte, rechazó tal asignación por considerarla prematura. De conformidad con lo dictaminado por la fiscal federal, sostuvo que de las constancias de la causa no surgía la existencia del delito de trata de personas, pues no resultaba suficiente para presumir dicha existencia la circunstancia de que algunas de las mujeres que trabajan en esos locales fueran oriundas de otros países. Señaló también que no se encontraba acreditado que dichas mujeres hubieran sido captadas, transportadas y acogidas en los locales nocturnos como prevé el tipo penal, motivo por el cual tampoco era posible sostener que tales conductas hubiesen sido llevadas a cabo mediante violencia, amenaza o cualquier otra forma de intimidación o coerción, abuso de autoridad, engaño, fraude o abuso de una situación de vulnerabilidad (fs. 40/42).

Con la insistencia del juez que previno y la elevación del incidente a la Corte, quedó formalmente planteada esta contienda (fs. 44).

– II –

Recientemente V. E. ha establecido que, ante la existencia de alguno de los extremos inherentes al delito de trata de personas, la justicia federal no puede declinar su competencia ni rechazar la que se le pretenda atribuir sin antes realizar las medidas necesarias para establecer si se halla configurado o no dicho ilícito (cf. Competencia 1016, XLVI, *in re* “Abratte, Gloria Liliana s/denuncia”, sentencia del 5 de julio de 2011, en la que V.E. remitió a los fundamentos y conclusiones del dictamen emitido por esta Procuración General).

Tal es la situación que a mi juicio aquí se presenta, pues si bien el estado de las actuaciones es apenas embrionario, las medidas probatorias realizadas hasta el momento indican que a la hipótesis fáctica inicial –presunta actividad de proxenetismo– se suma un elemento que, conforme al criterio precedentemente señalado, obligaría a descartar primeramente la existencia de un supuesto de trata. Me refiero concretamente al hecho de que muchas de las mujeres que trabajaban como “alternadoras” en los cabarets en cuestión (cf. fs. 33) lo hacían con libreta sanitaria y provenían del extranjero o de otras provincias distantes a La Pampa (cf. fs. 29/31).

Estas circunstancias constituyen aspectos relevantes en la resolución de la cuestión planteada, pues, como señala el titular de la UFASE, la experiencia recogida en la materia demuestra que: (i) los locales habilitados como “cabarets” suelen ser fachadas de prostíbulos; (ii) las mujeres que allí trabajan con libreta sanitaria bajo el eufemismo de “alternadoras” usualmente ejercen la prostitución; (iii) quienes ejercen la prostitución dentro de una casa de tolerancia a veces lo hacen voluntariamente y otras veces compelidas por el empleo de alguno de los medios comisivos contemplados en los arts. 125 *bis*, 126 y 127 del Código Penal; y (iv) incluso el ejercicio de la prostitución válidamente consentido en la actualidad puede haber tenido origen en un proceso de captación previo o en un traslado rotativo (es decir, de un lugar de explotación a otro con la finalidad de renovar la oferta de mujeres) en los términos del art. 145 *bis* y *ter* del Código Penal.

En ese contexto, estimo que la resolución del juez federal fue cuanto menos prematura, pues en vista de las circunstancias mencionadas debió asumir la investigación y orientar la pesquisa a establecer, por ej., de qué modo las mujeres que se encontraban en los cuatro locales en cuestión llegaron hasta allí, cómo fueron contactadas, quién las recibió y en qué circunstancias permanecen en esos lugares.

Por lo demás, encuentro propicia la ocasión para recordar que disposiciones municipales como las que rigen en General Pico (Ordenanza municipal 226/2008 y sus modificatorias – Resolución N° 145 de 2009 y Ordenanza 082/2009), en tanto reglamentan subrepticamente la explotación de la prostitución, además de constituir por sí mismas una seria irregularidad, favorecen la comisión del delito de trata de personas así como la de otros delitos conexas, pues la falsa apariencia de legalidad que esa normativa otorga al lugar en el que, según indica

la experiencia, se consuma habitualmente la explotación que tiene en miras el tratante resulta absolutamente funcional a la existencia del circuito ilícito que justamente se intenta combatir.

Precisamente por ello, mediante Resolución PGN N° 99/09, resalté la importancia de que los fiscales que actúen en causas en las que se investigue la comisión de delitos de trata de personas, así como también la de otros delitos conexas (los vinculados con la facilitación, promoción y explotación de la prostitución ajena: arts. 125 *bis*, 126, 127 del Código Penal y art. 17 de la ley 12.331) promuevan, entre otras medidas, la clausura e inhabilitación de esta clase de locales por intermedio de la autoridad municipal correspondiente.

– III –

En definitiva, considero que corresponde atribuir competencia a la justicia federal para continuar con el trámite de las actuaciones, sin perjuicio de lo que resulte de la investigación ulterior (Fallos: 323:3867 y sus citas). Buenos Aires, 11 de octubre de 2011. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de noviembre de 2011.

Autos y Vistos:

Por los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal a los que corresponde remitirse en razón de brevedad, se declara que deberá entender en la causa en la que se originó el presente incidente, el Juzgado Federal de Santa Rosa, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Instrucción y Correccional N° 5, de General Pico, Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de La Pampa.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

PELLICORI, LILIANA SILVIA c/ COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS
DE LA CAPITAL FEDERAL, s/ AMPARO

ACTOS DISCRIMINATORIOS.

En los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica.

ACTOS DISCRIMINATORIOS.

La doctrina del Tribunal respecto a las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido, ni tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado.

GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

El diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocaron la sentencia de primera instancia que había declarado la

nulidad del despido y reinstalación de la reclamante. Consideraron que tal resolución no implica adelantar decisión sobre la existencia del incumplimiento en los términos del art. 242 de la LCT ni sostener que el despido se ajustó a derecho.

Para así decidir, el *a quo* señaló que la aplicación de la nulidad intensa que contempla la ley 23.592 requiere de la producción de una prueba muy “convictiva” y una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados, ya que se trata de desarticular los efectos de una decisión rescisoria respecto de una trabajadora no tutelada por la garantía prevista en los arts. 48 y 52 de la Ley 23.551. Inmediatamente consideró que no resultaba acertada la distribución de las cargas probatorias decididas en primera instancia. Explicó que si bien la Corte en un caso de discriminación por razones remuneratorias acudió a la distribución del esfuerzo probatorio, es decir a las llamadas “carga probatoria dinámicas” el presente caso difiere porque en autos la trabajadora accionó en procura de la nulidad del despido directo y de su reincorporación, al invocar que aquél obedeció a una motivación discriminatoria. Entendió, por lo tanto, que debía analizarse el esfuerzo probatorio únicamente exigible a la trabajadora que invocó esa causal. En esa línea, consideró que los elementos acompañados no eran suficientes para tener por configurada la discriminación que se atribuyó al Colegio Público de Abogados.

Agregó que el vínculo de la actora con un delegado gremial, podría llegar a constituir un mero indicio, pero no permite establecer un claro nexo causal con la decisión rescisoria, a la luz de la estricta apreciación de la prueba que propició. Añadió que a la luz de la sana crítica los elementos probatorios de la causa no lograban formar convicción acerca de que la actora fue despedida por su participación en actividades sindicales o por su vinculación con cierto delegado gremial.

Contra dicho pronunciamiento la parte actora interpuso el recurso extraordinario federal, que luego de contestado por la contraria, fue desestimado (v. fs. 534/539, fs. 543/548 y fs. 550) y dio origen a la queja en examen.

– II –

La apelante, en síntesis, con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad sostiene que la sentencia carece de fundamento ya que a su criterio se

resolvió con prescindencia de las probanzas regulares arrimadas a la causa y aún contra lo que se ha probado. Señala que el fallo se limitó a reproducir la opinión del dictamen fiscal omitiéndose examinar las pruebas producidas en el expediente, no solamente la testifical, sino también documental y pericial. Critica la forma en que se descalificaron algunas declaraciones de testigos, método que no aporta materia para la dilucidación de la causa y no menciona otros datos que resultan relevantes.

Afirma que más allá de la teoría de la carga dinámica de la prueba, conforme a las reglas comunes incumbía a la demandante acreditar los hechos “constitutivos” de su pretensión, es decir la existencia de una conducta discriminatoria. Y la demandada debió acreditar los “hechos impeditivos”, en el caso demostrar que existieron hechos que imposibilitaban la continuidad del vínculo laboral, extremo que —aclara— no debe confundirse con acreditar una causal de despido con justa causa, sino la existencia de una conducta despojada de ánimo discriminatorio. Indica puntualmente elementos probatorios que conducen a un material indiciario, concordante, que posibilita la configuración del trato discriminatorio denunciado y que, sin embargo, fue soslayado. Todo ello determina, para la recurrente, que el pronunciamiento agravia el principio constitucional de afianzar la justicia y el debido proceso adjetivo

– III –

Así planteada la cuestión, es reiterada la jurisprudencia de la Corte según la cual las cuestiones de hecho y prueba son ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 314:1336, entre otros), así como aquella otra que indica que la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación restringida, no apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de dicha índole, sobre los cuales los jueces de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente (doctrina de Fallos: 318:73 y 324:436, entre muchos otros).

Desde ese punto de vista, estimo que los agravios dirigidos a cuestionar la sentencia por haber prescindido la cámara de la prueba incorporada al proceso no es apto para suscitar la apertura de la instancia del art. 14 de la ley 48, toda vez que el tribunal, en la ponderación de las constancias de la causa, apoyó su decisión —con argumentos suficientes—

en las declaraciones de testigos que citó y su grado de convicción podría enmarcarse en la regla de la sana crítica (art. 386 del CPCCN).

Ello es así máxime, cuando la sentencia se sustenta en argumentos no federales que, más allá de su acierto o error, resultan suficientes para excluir la tacha de arbitrariedad invocada (Fallos: 308:986, entre otros). Asimismo, también ha sostenido la Corte que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideren tales, sino que atiende solamente a supuestos de excepción en los que, fallas de razonamiento lógico en que se sustenta la sentencia, o una manifiesta carencia de fundamentación normativa, impiden considerar el pronunciamiento apelado como un acto jurisdiccional válido (Fallos: 304:279), pues su objeto no es abrir una tercera instancia para revisar decisiones judiciales.

Opino, por tanto, que corresponde desestimar la queja. Buenos Aires, 13 de abril de 2010. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”.

Considerando:

1º) Que, en lo que interesa, la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo adversa al reclamo de nulidad del despido y reinstalación en el cargo, fundado por la empleada en el art. 1 de la ley 23.592 y en considerar que el motivo real del distracto no fue el invocado a modo de justa causa por la demandada sino que respondió a razones de índole discriminatoria. El *a quo* sostuvo, a tal fin, que la respuesta de “nulidad intensa” que contempla la norma citada requiere de “una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados”. Asentó tales asertos en dos razones: la primera, que el régimen de estabilidad relativa impropia sólo genera consecuencias indemnizatorias

y, la segunda, que el juego armónico de los arts. 14, 14 bis, 17 y 33 de la Constitución Nacional, impone un “estricto análisis de las motivaciones que subyacen en la decisión disolutoria del contrato de trabajo”. Con este marco conceptual, y después de establecer que el aludido “esfuerzo probatorio” recaía “únicamente” sobre la trabajadora, juzgó que los elementos de ilustración acompañados no fueron “suficientes” para establecer un “claro nexa causal” entre la ruptura contractual y el motivo invocado por la actora, no obstante admitir la existencia de indicios favorables al respecto.

2º) Que los agravios dirigidos a las pautas probatorias establecidas por el *a quo* para ser aplicadas en litigios civiles que, con arreglo a la ley 23.592, ponen en juego los principios de igualdad y prohibición de discriminación, remiten al estudio de cuestiones de índole federal (art. 14.1 de la ley 48), mayormente cuando esta Corte, a tal fin, no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (*Schnaiderman*, Fallos: 331:735 – 2008 y sus citas). En consecuencia, y en tal medida, al estar reunidos los restantes recaudos de admisibilidad, procede habilitar esta instancia extraordinaria.

3º) Que el Tribunal, en bien conocidos precedentes, tiene aclarado que sostener que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, es conclusión que no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación (*Kot*, Fallos: 241:291, 302, de 5 de septiembre de 1958). Más aún; en palabras del caso *Siri*, resuelto pocos meses antes y recordado en *Kot*, el reclamo que formula la Constitución Nacional relativo al goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho, impone “a los jueces el deber de asegurarlas” (Fallos: 239:459, 464, del 27 de diciembre de 1957). *Kot*, asimismo, resultó la primera oportunidad en que el Tribunal hizo mérito, entre otros fundamentos, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8º), adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas: “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (cit., p. 302).

Este último, y temprano señalamiento, a su vez, puso en evidencia la preocupación internacional por las garantías o recursos de protec-

ción de los derechos humanos, ya iniciada, justo es puntualizarlo, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948, mediante su art. XVIII: “[t]oda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

4º) Que, por cierto, dicha preocupación no haría más que acrecentarse en los posteriores desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el orden universal como en el regional. Son ejemplo de ello, por mencionar sólo textos con jerarquía constitucional, además de los dos ya indicados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art. 2.1); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 6); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 2.c), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25). Todos ellos apuntando, expresa o implícitamente, a recursos dotados, entre otros recaudos, de “efectividad”.

De tal suerte, la cuestión de los medios procesales destinados a la protección y, en su caso, reparación de los derechos y libertades humanos, se erigió como uno de los capítulos fundamentales del mencionado Derecho Internacional, impulsada por dos comprobaciones elementales: por un lado, que la existencia de estas garantías constituye uno de los “pilares básicos” del Estado de Derecho en una sociedad democrática, pero que, por el otro, “no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso [...] que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C Nº 129, párr. 93 y sus citas; v. asimismo, entre los antecedentes históricos: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4, párrs. 63, 66 y 81). Dicha efectividad del recurso, naturalmente, “debe ser medida” de acuerdo a la posibilidad de “cumplir con su objeto”, de “obtener el resultado para el que fue concebido” (ídem; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe Nº 49/99, caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star; Jorge Barón*

Guttlein y Rodolfo Izal Elorz – México, 13 de abril de 1999, párr. 81, y “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, párrs. 248, 251 y 259). En otras palabras, la aludida calidad sólo puede ser evaluada en los casos concretos, tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes, el régimen nacional aplicable y los caracteres especiales del derecho subjetivo interesado (Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, Kehl/Estrasburgo/Arlington*, N.P. Engel, 1993, p. 60, a propósito del ya citado art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La flexibilidad y amplitud que brinda a los Estados el hecho de que la efectividad de los derechos deba ser realizada “por todos los medios apropiados” (v.gr. PIDESC, art. 2.1), “coexiste” con la “obligación” de aquellos de “utilizar todos los medios de que dispongan” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 9. La aplicación interna del Pacto*, 1998, párrs. 1/2), entre los cuales se inscriben, desde luego, las sentencias judiciales (*García Méndez y otra*, Fallos: 331:2691, 2702 – 2008).

5°) Que se sigue de las anteriores consideraciones relativas al bloque de constitucionalidad, que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. Incluso el inciso 2.b del ya mencionado art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (“Los Estados se comprometen [...] b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial”), bien puede ser entendido como un reforzador del antedicho compromiso en punto a la calidad de los recursos toda vez que, después de todo, la obligación de establecerlos ya está enunciada en el inciso 1 de dicho artículo.

En este contexto, corresponde tomar en consideración el *corpus iuris* elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados –por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional– y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (*Aerolíneas Argentinas S.A.*

c/ Ministerio de Trabajo, Fallos: 332:170 –2009–, y otros). *Corpus* este que, además de exhibir un particular concierto, tal como se verá enseñada, se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto.

En todo caso, y sobre ello se volverá en repetidas oportunidades, ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuanto estos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2 y 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; PIDESC, arts. 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, esp. arts. 2, 3 y 5 a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2º). Tanto es así que, de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal en *Alvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA* (Fallos: 333:2306, 2313/2315, 2320, 2323 – 2010), los mentados principios han alcanzado la preeminente categoría de *ius cogens*, según lo ha esclarecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC–18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A Nº 18, párrs. 97/101 y 110), lo cual acentúa, para el Estado, la “obligación fundamental mínima” y de cumplimiento “inmediato” de garantizar la no discriminación, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general Nº 18*.

El Derecho al Trabajo, 2005, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de “proteger” los derechos humanos, esto es, el deber de adoptar las “medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo” (ídem, párr. 22).

6º) Que, indudablemente, la ley federal 23.592 no es extraña a las reflexiones que han sido expuestas. Antes bien, la aplicabilidad de estas últimas se vuelve imperiosa por cuanto dicha ley no sólo reglamenta directamente el principio de igualdad del citado art. 16 de la Constitución Nacional (*Ganem, Alfredo*, Fallos: 324:392–2001–; *F.C.C. Medio Ambiente S.A.*, Fallos: 320:1842–1997– y otros), sino que, además, debe ser entendida como un “ejemplo” o “reflejo” de la “exigencia internacional” de realizar por parte de los Estados “acciones positivas tendientes a evitar la discriminación”, lo cual también alcanza a la “interpretación” que de aquélla hagan los tribunales (*Partido Nuevo Triunfo*, Fallos: 332:433, 439–2009). Por lo demás, no se presta a dudas que la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con “fecundo y auténtico sentido constitucional” (*Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires*, Fallos: 308:647, 653–1986–; *Alvarez c/ Cencosud SA*, cit., p. 2325).

En tales condiciones, cuadra subrayar que el Comité contra la Discriminación Racial, después de advertir el dato realista indicado en el considerando precedente, ha llamado a los Estados a atenderlo “cabalmente”. Para ello, señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado “*prima facie*” que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente (*Concluding observations: Zambia*, 2005, CERD/C/ZMB/CO/16, párr. 18: “[t]he Committee [...] encourages the State party to envisage regulating the burden of proof in civil proceedings involving racial discrimination so that once a person has established a *prima facie* case that he or she has been a victim of such discrimination, it shall be for the respondent to provide evidence of an objective and reasonable justification for the differential treatment”). En igual sentido se ha pronunciado en otras y numerosas oportunidades (v.gr.: *Concluding observations: Australia*, 2005, CERD/C/AUS/CO/14, párr. 15; *Concluding observations: Iceland*, 2005, CERD/C/ISL/CO/18, párr. 14; *Concluding observations: Republic of Moldova*, 2008, CERD/C/MDA/CO/7, párr. 10; *Concluding observations: United States of America*, 2008, CERD/C/USA/CO/6, párr. 35,

entre muchas otras). Todo ello, por lo pronto, en correspondencia con lo expresado por el citado Comité en su *Recomendación general XXX*, de 2004 (párr. 24).

Procede agregar, desde luego, que los descriptos resultan lineamientos tan sólidamente arraigados como extendidos, según lo demuestra su presencia en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto para la discriminación en general (v.gr. *Observaciones finales: Hungría*, 2007, E/C.12/HUN/CO/3, párrs. 8 y 31), cuanto para la referente a la relación de empleo (*Concluding observations: Liechtenstein*, 2006, E/C.12/LIE/CO/1, párrs. 7 y 26; *Concluding observations: Luxembourg*, 2003, E/C.12/1/Add.86, párr. 10; *Observaciones finales: Grecia*, 2004, E/C.12/1/Add.97, párr. 6; *Observaciones finales: Polonia*, 2002, E/C.12/1/Add.82, párr. 7). Su *Observación general N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, de 2009, que tuvo por objeto aclarar la comprensión del art. 2.2 del PIDESC, reitera la perspectiva enunciada (párrs. 6 y 40).

Súmanse a dichos órganos, incluso en el terreno laboral, tanto el Comité de Derechos Humanos (*Observaciones finales: Islandia*, 2005, CCPR/CO/83/ISL, párr. 5; *Observaciones finales: Chile*, 2007, CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 18), cuanto el Comité contra la Discriminación de la Mujer (*Observaciones finales: Alemania*, 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6, párrs. 17 y 18; asimismo: *Observaciones finales: Luxemburgo*, 2003, A/58/38, párr. 295; *Observaciones finales: Lituania*, 2008, CEDAW/C/LTU/CO/4, párr. 5).

Es del caso acotar que estas pautas no sólo asisten a las presuntas víctimas de discriminación en tanto que litigantes, sino que también tienden a evitar el desaliento que un régimen procesal opuesto pueda generar en otras víctimas en trance de decidir si acudirán o no en demanda de justicia (v. *Concluding observations: Zambia*, cit., párr. 19; v. asimismo el segundo párrafo *in fine* del considerando siguiente). Luego, también tributan al combate contra la impunidad, la cual, resulta innecesario expresarlo, “propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Garibaldi vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de septiembre de 2009, Serie C N° 203, párr. 141 y sus citas).

7º) Que la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo, máxime dado el especial y casi centenario cuidado puesto por ésta a los principios de igualdad y de no discriminación en el universo laboral, reafirmados e integrados, para 1998, en la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* (2.d). Así lo demuestra el estudio especial *Igualdad en el empleo y la ocupación*, elaborado por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de dicha Organización, en 1988, íntimamente vinculado con normas fundamentales de esta última, así como con el Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958 (ratificado en 1968), de jerarquía supralegal, como todos los de su género, de acuerdo con el art. 75.22, primer párrafo, de la Constitución Nacional (*Milone*, Fallos: 327:4607, 4616 –2004).

En tal sentido, advirtió que “[u]no de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido” (párr. 224). Lo más frecuente, acotó, “es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar [...] tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación” (ídem). Por consiguiente, continuó, “en algunos países la legislación o la jurisprudencia invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la parte de la carga de la prueba que corresponde al demandante. El Gobierno de Canadá ha señalado que los tribunales y otras autoridades competentes deben dar muestras de flexibilidad en lo que respecta a la admisión de pruebas. Ha indicado que, en materia de derechos humanos, cuando los indicios sean más bien favorables al demandante, es decir si el defensor no es capaz de oponer una respuesta satisfactoria a una demanda, se podrá deducir razonablemente que ha habido discriminación” (ídem). En diversos Estados, agregó con cita de Estados Unidos de América, República Federal de Alemania, Francia, Jamaica, Finlandia y Suecia, “la persona que aduce una discriminación debe ante todo demostrar que una desigualdad de trato o de oportunidades coincide con una desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, etc. Si tal cosa se demuestra, la carga de la prueba será de la incumbencia del empleador, que habrá

de demostrar que había un motivo legítimo, no discriminatorio” (ídem). Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, “la legislación de ciertos países prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado. La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo” (ídem, citas omitidas). Dicha Comisión, en suma, consideró que la cuestión de la carga de la prueba tiene una “importancia fundamental en toda discriminación alegada”, dado que, con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias competentes [...] porque la mayor parte de las veces no dispondrá del conjunto de elementos de prueba necesarios [...]” (párr. 225), para concluir en que, de todo ello, “se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación [...]” (ídem).

En un análogo orden de ideas se inscriben los estudios especiales de la mencionada Comisión de Expertos, de 1996, homónimo al antedicho (párr. 264); de 1986, titulado *Igualdad de remuneración* (párrs. 102 y 167), y de 1983 sobre *Libertad sindical y negociación colectiva* (párr. 280; v. asimismo: *Observación individual sobre el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) Uruguay (ratificación: 1989) Publicación: 2010*), segundo párrafo).

8º) Que si bien lo ya expresado es suficiente para descartar todo sustento a la postura asumida por el *a quo*, es oportuno y conveniente señalar que la reflexión sobre los problemas probatorios en la materia *sub discussio* también ha surgido, desde hace tiempo y de manera no menos manifiesta, en otros ámbitos, como el de la Unión Europea, tal como lo acredita, entre otros antecedentes, la *Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo*, cuyo objetivo radicó en “mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan

invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes” (art. 1; v. asimismo los párrs. 17/18 de los considerandos). A tal fin, dispuso en su art. 4 (“Carga de la prueba”): “1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. 2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante”.

Otras directivas del mismo origen y signadas por una análoga orientación y resultado, como las *2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (29 de junio de 2000, art. 8 y párr. 15 de los considerandos), *2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* (27 de noviembre de 2000, art. 10 y párrs. 15, 31 y 32 de los considerandos) y *2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro* (13 de diciembre de 2004, art. 9 y párr. 22 de los considerandos), también habían partido de la comprobación de que, en los casos de igualdad de trato, resulta, a menudo, muy difícil obtener las pruebas necesarias para demostrar dicho motivo, las cuales suelen obrar en poder del demandado. Comprobación esta que, en lo esencial, conviene subrayarlo, ya había sido señalada, con iguales fines en cuanto a la faz probatoria, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (v.gr., *Danfoss*, asunto 109/88, sentencia del 17 de octubre de 1989, Recopilación 1989, p. 3199, y otros; v. asimismo, sobre el antes citado art. 8 de la Directiva 2000/43/CE: asunto C 54/07, sentencia del 10 de julio de 2008, esp. párr. 30).

Más todavía; la antedicha *Directiva 97/80/CE*, junto con otras, fue refundida en la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*, reiterando el entendimiento de que “[l]a aplicación efectiva del principio de igualdad

de trato [...] requiere que los Estados miembros establezcan procedimientos adecuados” y que la “adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del [citado] principio” (considerandos, párrs. 29/30; v. art. 19, que reitera el citado art. 4 de la *Directiva 97/80/CE*).

En este contexto, también es apropiado memorar alguna de las normas internas que han traspuesto estos instrumentos, entre las que se destacan, la ley francesa N° 2008-496, del 27 de mayo de 2008 (*Loi N° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*), modificatoria, entre otras disposiciones, del art. L 1134-1 del Código del Trabajo; la Ley Orgánica española 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la Ley General de Igualdad de Trato alemana (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, § 22), y el Código de la Igualdad de Oportunidad italiano (*Codice delle Pari Opportunità*, decreto legislativo del 11 de abril de 2006, art. 40.1).

9°) Que otro de los terrenos aludidos en el comienzo del considerando anterior, es el jurisprudencial comparado, en el cual ocupa una plaza relevante la prolífica y añosa labor del Tribunal Constitucional de España, la cual, según sus propias palabras, por un lado, ha tenido posteriores concreciones en la legislación procesal española y recibido consideración en los más diversos ámbitos de creación normativa (p.ej., la ya citada *Directiva 97/80/CE*) y, por el otro, se funda tanto en la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, cuanto en considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de develar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial (*STC 17/2003*, sentencia del 30 de enero de 2003, fundamento jurídico 4 y sus citas). En tal sentido, ese tribunal tiene juzgado que “cuando se prueba indiciariamente [por el trabajador] que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales [...] incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prue-

ba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada” (STC 17/2007, sentencia del 12 de febrero de 2007, fundamento jurídico 3 y sus numerosas citas).

La Corte Constitucional belga, a su turno, tuvo ocasión de examinar los agravios que, dirigidos contra la distribución de la carga probatoria prevista en la ley “antiracismo”, la ley general “antidiscriminatoria” y ley sobre “género”, se basaban en que estas normas violaban los arts. 10 y 11 de la Constitución de Bélgica, así como el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia garantizado por el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en la medida en que desplazaban la carga de la prueba sobre el demandado en una acción civil por un acto discriminatorio. El citado tribunal, en primer lugar, advirtió que esta última carga sólo se producía después de que la presunta víctima hubiese probado hechos suficientes y pertinentes que hicieran presumir la existencia de discriminación y su específica relación con la persona del autor del acto, y que dichos elementos de ilustración no se beneficiaban de una fuerza probatoria particular, lo cual el juez debía evaluar según las reglas de derecho común. Sobre estas bases, entre otras, descartó un menoscabo al debido proceso, desde el momento en que los preceptos habían alcanzado un justo equilibrio entre las partes en el proceso, por un lado, al tener en cuenta la situación desfavorable en la que se encuentra la víctima desde un comienzo en el litigio y, por el otro, al someter las situaciones en las cuales la carga probatoria se traslada al demandado a una serie de condiciones razonables. Finalmente, también desconoció una violación a la presunción de inocencia desde el momento en que la normativa no era aplicable a procesos penales (*Arrêt N° 17/2009*, del 12 de febrero de 2009, párr. B.91 y ss.).

El presente problema tampoco ha sido ignorado por la Cámara de los Lores inglesa. En *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, del 9 de diciembre de 2004, la Baronesa Hale of Richmond recordó que, desde 1968, resultaba ilícito para los empleadores (así como para los proveedores de educación, vivienda, bienes y otros servicios), discriminar a las

personas por su condición racial, tal como lo prescribía la ley vigente (*Race Relations Act 1976*), que en muchos aspectos se identificaba con la *Sex Discrimination Act 1975*. Los principios que establecían, acotó, eran bien conocidos y simples, aunque de dificultosa aplicación en la práctica. Los elementos de la discriminación ilícita eran (i) una diferencia de trato entre una y otra persona (real o hipotético) de diferente sexo o grupo racial; (ii) que el trato fuera menos favorable para una de aquéllas; (iii) que sus circunstancias relevantes fueran igual o materialmente no diferentes, y (iv) que la diferencia de trato se basara en el carácter racial. Empero, observó, dado que las personas raramente advierten sus prejuicios y pueden incluso no ser conscientes de ello, la discriminación, normalmente, resulta probada más por inferencias que por pruebas directas (“*However, because people rarely advertise their prejudices and may not even be aware of them, discrimination has normally to be proved by inference rather than direct evidence*”). “Luego, una vez acreditado el trato menos favorable en comparación con otra persona —elementos (i), (ii) y (iii)—, la corte debe dirigirse al señalado como discriminador requiriéndole una explicación. Esta última debe, por cierto, no estar relacionada con la raza o el sexo del actor. Si esto último no fuera así, o no fuese dada una explicación satisfactoria, es legítimo inferir que el trato menos favorable se fundó en motivos raciales: véase: *Glasgow City Council v Zafar* [1997] 1 WLR 1659, aprobando *King v Great Britain-China Centre* [1992] ICR 516. Si la diferencia es racial, los motivos o razones que estén detrás de ello son irrelevantes: ver, por ejemplo, *Nagarajan v London Regional Transport* [2000] 1 AC 501” (párr. 73).

Incluso, desde el punto de vista de la Carta Social Europea revisada, el Comité Europeo de Derechos Sociales tiene resuelto que del art. 1.2 de ésta (“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen [...] 2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido”), se desprende la obligación estatal de “aligerar” (*alleviation*) la carga de la prueba del empleado en controversias atinentes a la discriminación en el trabajo (reclamo N° 24/2004, *SUD Travail Affaires sociales c. France*, decisión del 8 de noviembre de 2005, párrs. 34/35). Asimismo, en la introducción general de sus conclusiones 2008, reiteraría que en los litigios relativos a una alegación de discriminación en el ámbito cubierto por la citada Carta, “la carga de la prueba no debería pesar enteramente sobre el demandante, sino ser objeto de un aligeramiento apropiado” (European Committee of Social Rights,

European Social Charter (revised) – Conclusions 2008, vol. 1, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2008, p. 10).

Más aún; dentro del marco del citado Consejo de Europa también se destaca la Recomendación de Política General N° 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, la cual, después de citar, entre otros antecedentes, las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE de la Unión Europea, recordadas en el considerando anterior, precisó que un componente clave para la legislación nacional contra el racismo y la discriminación racial, consistía en que previera que si una persona que se consideraba víctima de un acto discriminatorio establecía ante un tribunal hechos que permitían presumir que había sido víctima de una discriminación directa o indirecta, correspondía a la parte demandada probar que no se había configurado una discriminación (*Recommandation de Politique Générale N° 7 de L'ECRI sur la Législation Nationale pour Lutter contre le Racisme et la Discrimination Raciale*, 13-12-2002, III, 11).

10) Que aun cuando referente al contencioso de la Convención Europea de Derechos Humanos y a un supuesto de discriminación indirecta, no puede ser pasada por alto la sentencia *D.H. et autres c. République Tchèque / D.H. and Others v. the Czech Republic*, dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos el 13 de noviembre de 2007, mayormente cuando la jurisprudencia de esta última, a juicio del Tribunal, constituye una pauta “valiosa” de hermenéutica de los tratados (*Llerena*, Fallos: 328:1491, 1514 –2005). En efecto, en dicho caso, su formación más solemne, *i.e.*, la Gran Sala, advirtió, por un lado, que el grado de convicción necesario para alcanzar una conclusión y, al respecto, el reparto de la carga de la prueba, están intrínsecamente ligados a la especificidad de los hechos, a la naturaleza de la alegación formulada y al derecho convencional en juego (párr. 178). Y por el otro, que no todos los litigios se prestaban a una aplicación rigurosa del principio *affirmanti incumbit probatio* (párr. 179), de manera que no debía excluirse, en casos de discriminación, la posibilidad de requerir del Estado demandado que, frente a un “agravio defendible” (*grief défendable / arguable allegation*) debiera refutarlo. En suma, previo recordar su antecedente *Natchova et autres c. Bulgarie / Natchova and others v. Bulgaria* –en el que había reconocido los escollos probatorios de los reclamantes para demostrar la existencia de un trato discriminatorio– y las directivas 97/80/CE y 2000/43/CE, ya mencionadas anteriormente (considerando 8), juzgó que, en estos supuestos, debían

aplicarse a los actores reglas probatorias menos rigurosas, por lo cual, cuando estos aportaran hechos fiables y significativos para constituir un principio de prueba (*commencement de preuve / prima facie evidence*) o una presunción simple del mencionado trato, correspondía al Estado demandado demostrar que la distinción cuestionada no era discriminatoria (párrs. 186/189).

Estas conclusiones, cabe agregar, no encuentran impedimento alguno para su aplicación en el campo de la discriminación directa (Dubout, Edouard, “L’interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l’homme: renouveau ou évolution? Epilogue dans l’affaire *D.H. et autres c. République Tchèque*”, en *Revue Trimestrielle de Droits de l’Homme*, N° 75, 2008, ps. 839/840). Por lo demás, en el reciente *Muñoz Diaz c. Espagne / Muñoz Díaz v. Spain* (sentencia del 8 de diciembre de 2009, párr. 50) la Corte Europea volvió sobre alguno de los conceptos señalados en *D.H. et autres*, al paso que el Parlamento Europeo se hizo eco de este último en la resolución del 14 de febrero de 2009 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 (párr. 127).

11) Que las consideraciones que han sido desarrolladas con arreglo al bloque de constitucionalidad y a la preceptiva supralegal, establecen bases suficientes, según ha sido adelantado al comienzo del considerando 8, para la solución del *sub lite*. En efecto, primeramente, ratifican la ya enunciada necesidad de que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. Y, en segundo término, ponen de relieve los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas, nada menos que en litigios que ponen en la liza el ominoso flagelo de la discriminación, cuya prohibición inviste el carácter de *ius cogens*. Todo ello, finalmente, determina las especificidades a las que han de ajustarse las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego.

Así, a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie*

evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Corresponde advertir, con todo, que si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al derecho comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que estos han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado.

12) Que, de consiguiente, corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio examinado, lo cual, por un lado, vuelve abstracto el examen de los restantes cuestionamientos y, por el otro, no abre juicio sobre el desenlace definitivo de la causa (art. 16, primera parte, de la ley 48).

Por ello, y oída la Sra. Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados, con costas en el orden causado por tratarse de una cuestión novedosa (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 319:1664, 1667, entre muchos otros). Acumúlese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, devuélvase a fin de que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo pronunciamiento de acuerdo con el presente.

CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA
— E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho deducido por **Liliana Silvia Pellicori**, actora en autos, representada por los Dres. **Mario J. Saez** y **Jorge Bacqué**, en calidad de patrocinantes.

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° 14.**

ADIDAS ARGENTINA S.A. Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL M° E. Y O.S.P.
RESOLS. 1506/98 SIC. 837/98 s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

IMPORTACION.

Corresponde revocar la sentencia que consideró que las Resoluciones 1506/98 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y 837/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería resultaban meras modificaciones a lo dispuesto inicialmente en la Resolución 987/97 del ministerio nombrado y que, por ende, se hallaban eximidas del procedimiento del decreto 1059/96, reglamentario de la ley 24.425 (Acuerdo de Marrakech), en especial de sus títulos II y III, como así del art. 29, ya que las medidas originalmente tomadas por la resolución 987/97 fueron modificadas de forma notoria por su similar 1506/98, involucrando la adopción de nuevas disposiciones de salvaguarda, hecho que obligaba a seguir los pasos internacionalmente convenidos para su fijación.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

A fs. 1.074/1.077 vta., la jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y, por ende, declaró la nulidad de las resoluciones MEyOSP 1.506/98 y SICyM 837/98, al considerar que resultaban manifiestamente ilegítimas, arbitrarias y contrarias a lo establecido por la ley 24.425 (Acuerdo de Marrakech), en tanto por ella se dispuso un tope máximo del 35% *ad valorem* a la imposición de las importaciones. Señaló que en el citado acuerdo y sus normas complementarias no se halla excepción a dicho principio con respecto a la mercadería de que aquí se trata (calzado deportivo).

Agregó que el decreto 1.059/96 reglamentó esa ley en lo referido al procedimiento para establecer salvaguardias en el marco de los pactos de la OMC, y que la resolución MEyOSP 987/97 impuso una medida de tal naturaleza consistente en fijar derechos específicos mínimos de importación (DEIM), la que fue modificada primero por su similar 512/98 y luego por los reglamentos aquí impugnados.

Sostuvo que en autos no se acreditó que se hubiera seguido el procedimiento previsto en la ley 24.425 y reglado en el citado decreto 1.059/96 para fijar salvaguardias, en tanto tales son requisitos tanto para su establecimiento como para sus prórrogas, motivo por el cual se torna improcedente la exigencia de los DIEM contemplados en los reglamentos ahora cuestionados.

– II –

Por su parte, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la decisión de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la demanda (ver fs. 1.121/1.126 vta.).

Tras reseñar brevemente el marco normativo aplicable, puntualizó que la resolución 1.506/98 no fijó una nueva medida de salvaguardia distinta a la introducida por su similar 987/97. Señaló que en los considerandos de aquélla se indicó que ésta alcanzó los objetivos perseguidos, al estar demostrado que el volumen de las importaciones de calzado siguió aumentando sensiblemente, motivo por el cual se propició el dictado de nuevas medidas. A su juicio, si bien reformó la decisión de salvaguardia original, y agregó una restricción cuantitativa a las importaciones al fijar cupos, ello fue sólo una reformulación de lo dispuesto originalmente, dada la ineficacia de la primera para alcanzar la finalidad propuesta.

Es así que, para el tribunal apelado, la resolución 1.506/98 procuró adecuar las disposiciones a la nueva realidad, pero sin alterar la duración total de la salvaguardia ya adoptada, la que fue prevista hasta el 25 de febrero del 2000 sin alteraciones, razón por la cual no constituye una “prórroga” de la resolución 987/97.

En tales condiciones, consideró que no se requería la observancia de lo normado por el art. 7º, inc. 2º, de la ley 24.425, ni por el art. 29 del

decreto 1.059/96, agregando que el precedente de Fallos: 325:1038 no resulta aplicable aquí, toda vez que las circunstancias son diferentes.

Por otra parte, expresó que la resolución 987/97 fue objeto de un procedimiento en el marco del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OSD), el que declaró que las decisiones allí adoptadas son incompatibles con el Acuerdo de Salvaguardias, y solicitó a la República Argentina que la modificase, a fin de adecuarla a los compromisos internacionales asumidos. Sin embargo, sostuvo que las resoluciones adoptadas por el OSD no irradian efectos directos para los ciudadanos de los países signatarios. Sin perjuicio de ello, puso de relieve que consta en autos un informe de la Dirección Nacional de Política Comercial Externa, del que surge que la Argentina dictó la resolución MEyOSP 571/00 –no cuestionada en autos– para dar cumplimiento a las exigencias del OSD, y que ni la OMC ni los Estados que intervinieron en el trámite llevado a cabo contra la resolución 987/97 solicitaron nuevas medidas de retorsión contra el país, motivo por el cual afirmó que el diferendo finalizó.

– III –

Las actoras interpusieron el recurso extraordinario que luce a fs. 1.131/1.149 vta.

Arguyen que lo resuelto por la cámara se alza contra tratados internacionales suscriptos por la Nación –los que poseen jerarquía suprallegal–, que viola garantías constitucionalmente protegidas y que, además, involucra un claro supuesto de arbitrariedad.

Indican que a pesar de estar acreditado en el expediente que la resolución 1.506/98 reformuló las medidas inicialmente adoptadas por su similar 987/97, tornándolas más restrictivas, la cámara consideró que ello no implica el desconocimiento de normas superiores.

– IV –

Liminarmente, considero importante destacar que el Tribunal carece de jurisdicción para examinar los agravios fundados en la arbitrariedad endilgada a la sentencia, toda vez que la apelación extraordinaria fue expresamente denegada por el tribunal recurrido en este aspecto, al

limitarse a concederla sólo en lo tocante a la interpretación de normas federales (ver fs. 1.165/1.165 vta.), sin que las actoras hayan deducido la pertinente queja (Fallos: 313:1319; 317:1342; 318:141; 319:1057; 321:1997; 322:1231, entre otros).

Entiendo entonces que la única cuestión litigiosa subsistente se circunscribe a dilucidar la cuestión federal involucrada, es decir si las resoluciones impugnadas contravienen o no el Acuerdo de Marrakech (ley 24.425) y sus normas complementarias, siendo el recurso formalmente procedente en este aspecto pues la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa fue contraria al derecho que las recurrentes fundaron en ellas (art. 14, ley 48).

– V –

De acuerdo con lo señalado, tengo para mí que el *thema decidendum* estriba en determinar si para el dictado de las resoluciones MEyOSP 1.506/98 y SICyM 837/98 era necesario cumplir con lo preceptuado por los arts. 7° y cc. del Acuerdo sobre Salvaguardias, aprobado por la ley 24.425, como así con el procedimiento reglamentado por el decreto 1.059/96 para el establecimiento y prórroga de tales medidas protectoras.

Advierto que coinciden las sentencias de las instancias de grado en que el Estado Nacional, al dictar esas resoluciones, no puso en práctica las investigaciones y demás pasos previstos por los arts. 7° y cc. del citado decreto 1.059/96, por estimar que se trataba de una readecuación de las medidas tomadas mediante la resolución 987/97, motivo por el cual dicho extremo se debe tener por acreditado y fuera de debate en esta instancia de excepción.

Cabe puntualizar que por medio de la resolución 987/97, modificada por su similar 512/98 –normas cuya constitucionalidad no se controvierte en autos, a pesar de que la parte actora les endilgó similares vicios que a los reglamentos aquí impugnados; ver fs. 1.132–, se aplicaron ciertas medidas de salvaguardia a la importación de calzados, debido a que el significativo aumento de tales operaciones causaba un daño grave a la industria nacional (confr. sus respectivos considerandos).

En lo relevante para la solución de la presente controversia, esa resolución estableció como medida de salvaguardia unos derechos de

importación específicos mínimos por tres años a partir del 25 de febrero de 1997 (arts. 2º y 6º), y un cronograma para su liberalización (art. 3º).

Posteriormente, la resolución 1.506/98 modificó lo allí dispuesto, en tanto: a) cambió el cronograma de liberalización (art. 1º); b) introdujo una restricción cuantitativa a la importación –cupos– (art. 2º); y, c) incrementó los DIEM respecto de las importaciones que superasen las limitaciones indicadas (arts. 3º y 4º).

La justificación de tales medidas fue expuesta en sus considerandos, al mencionar que, en virtud de la información brindada por la Aduana y por el INDEC, se había registrado un incremento de las importaciones desde el dictado de la resolución 987/97, lo que tornaba necesario modificar su alcance, sin que fuera preciso alterar la fecha prevista para su finalización (el 25 de febrero de 2000).

A su turno, la resolución SCyM 837/98 estableció un procedimiento para la asignación de los cupos fijados, que se aplicaría de manera trimestral.

En tales condiciones, la cámara, siguiendo la tesitura propuesta por la demandada, consideró que las normas impugnadas resultaban meras modificaciones a lo dispuesto inicialmente en la resolución MEyOSP 987/97 y que, por ende, se hallaban eximidas del procedimiento del decreto 1.059/96, en especial de sus títulos II y III, como así del art. 29, en tanto no existió una “prórroga” de la medida.

Discrepo de tal opinión pues, a mi modo de ver, las medidas originalmente tomadas por la resolución 987/97, tal como quedó indicado, fueron modificadas de forma notoria por su similar 1.506/96, involucrando la adopción de nuevas disposiciones de salvaguarda, hecho que obligaba a seguir los pasos internacionalmente convenidos para su fijación.

En efecto, y como quedó dicho, ella no sólo introdujo cupos no previstos anteriormente, sino que además aumentó significativamente los DIEM en ciertos supuestos, además de alterar el cronograma inicial.

Paralelamente, no debe pasar inadvertido que, en los términos del art. 19 del decreto 1.059/96, las salvaguardias a adoptar en el marco de los acuerdos aprobados por la ley 24.425 podrán tomar la forma,

entre otras, de un aumento del derecho de importación o bien de una restricción de carácter cuantitativo, medidas ambas adoptadas por los reglamentos aquí impugnados.

No empece a lo expuesto el simple hecho de que se haya mantenido la fecha original de su finalización. Es dable observar que tal línea de pensamiento conduce a la inaceptable conclusión, frustratoria de los compromisos internacionales asumidos por la República, de que bastaría el dictado de una primera resolución que, siendo respetuosa de las reglamentaciones vigentes, introdujera salvaguardias válidas, y que una segunda, dictada inmediatamente después, las modificara de forma ilegítima, para consagrar un proceder contrario tanto al texto de las normas como a su espíritu.

Desde esta perspectiva, tal como ha sostenido V.E., no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituyen 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 (arg. Fallos: 302:1284).

– V –

Por lo hasta aquí expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada, y hacer lugar a la demanda. Buenos Aires, 16 de febrero de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Adidas Argentina SA y otros c/ EN – M° E. y OSP – resols. 1506/98 y SIC 837/98 s/ proceso de conocimiento”.

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 remitirse en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado en el presente. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **las actoras –Adidas Argentina S.A., Fila Argentina S.A., Fitalse S.A., Grimoldi S.A. y RBK Argentina S.A.–** representadas por el **Dr. Carlos Alberto Anzorreguy**, con el patrocinio del **Dr. Jorge Eduardo Anzorreguy**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional**, representado por el **Dr. Bruno Gabriel Toia**, con el patrocinio de la **Dra. Anunciación Irene Marziano**.

Tribunal de origen: **Sala IV 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° 5**.

BIELSA, MARIA EUGENIA *c/* UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
s/ RECURSO DE APELACIÓN

CONCURSOS UNIVERSITARIOS.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el recurso directo deducido en los términos del art. 32 de la ley 24.521 contra la resolución 609/01 del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario si no examinó debidamente uno de los argumentos centrales desarrollados por la actora, referido al momento de fijación de los criterios de valoración de la prueba de oposición, lo cual, a su juicio ocurrió después de tomada dicha prueba y no analizó un agravio exhibido explícitamente en sede administrativa y en el recurso directo, en relación al contenido de la exposición que debía ser desarrollada en la prueba de oposición, que debía desarrollarse un tema y no una clase.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 2/10 de los autos principales (a cuya foliatura corresponderán las siguientes citas), la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, por mayoría, rechazó el recurso que, en los términos del art. 32 de la ley 24.521, dedujo María Eugenia Bielsa contra la resolución 609/01 del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) y dispuso el levantamiento de la medida cautelar que había ordenado a fs. 41/42.

Para resolver de tal modo, los jueces que conformaron la posición mayoritaria recordaron que, mediante la resolución 609/01, el Consejo Superior de la UNR rechazó el recurso de revisión interpuesto por la actora contra la resolución 368/99, que había aprobado el orden de mérito del concurso para cubrir el cargo de profesor adjunto con dedicación semi-exclusiva en el Area de Teoría y Técnica Urbanística de varias asignaturas de la Facultad de Arquitectura, Planeamiento y Diseño de la UNR y, en tales condiciones, decidió remitir nuevamente las actuaciones a la Facultad para que proponga la designación del profesor que correspondía según el orden de mérito.

En razón de lo expuesto, señalaron que, en cuanto al concurso (los criterios de evaluación, modalidad operativa para la oposición, comunicación a los aspirantes del puntaje de exposición y entrevistas) no cabe pronunciamiento, ya que ello no admite, en principio, revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades académicas, máxime cuando la actora manifiesta que no impugna el procedimiento arbitrado para la selección de docentes, sino que la resolución 609/01 del Consejo Superior no respondió a los recursos interpuestos y efectuó un incorrecto análisis con relación a la incompatibilidad en que incurrió un consejero que fue asesor jurídico de la Universidad y al mismo tiempo miembro de la Comisión de Interpretación y Reglamentos del Consejo Superior de la UNR cuando se dictó la resolución 368/99.

Sobre este punto, manifestaron que el Consejo Superior había analizado la presunta contradicción formulada y, más allá de su acierto

o error, no se verificaba un supuesto de arbitrariedad que permitiera anular el acto administrativo.

Por otra parte, uno de los jueces de la mayoría señaló que, con respecto a la falta de definición de los criterios de evaluación por parte de la comisión asesora en forma previa a tomar los exámenes, no hay norma reglamentaria que indique cuál debe ser el proceder del jurado y, además, que la falta de solicitud de explicitación del criterio a seguir para asignar esos puntos específicos con anterioridad a la emisión del dictamen, implicó que la actora consintió ese proceder, máxime cuando, por tratarse de un puntaje global que debía ser distribuido entre dos evaluaciones diferentes, era evidente que por cada una de ellas debía asignarse un puntaje, ya sea que ello se expresara en forma separada o conjunta; y cuando la fijación del tope para cada una de esas pruebas no tuvo incidencia concreta en el caso, pues los puntos asignados fueron inferiores a aquél.

– II –

Contra esta decisión, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 13/33 que, al ser denegado, dio origen a la presente queja.

Sostiene que la sentencia es arbitraria, porque no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso y porque afecta .en forma directa e inmediata sus garantías constitucionales, en especial sus derechos a la inviolabilidad de la propiedad y al debido proceso y (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional).

Después de reseñar los antecedentes de la causa, expresa que los integrantes de la Cámara que conformaron la posición mayoritaria caen en un grave error al no advertir la incompatibilidad en la que incurrió el asesor jurídico de la UNR y miembro del Consejo Superior (en su carácter de consejero titular designado por la Facultad de Derecho), que en la Comisión de Interpretación y Reglamento del Consejo Superior aconsejó al cuerpo adherir a su Propio dictamen.

Señala que el fallo apelado prescinde de las constancias de la causa, al no constatar que la comisión asesora en el concurso procedió a tomar la prueba de oposición, en forma pública, con la asistencia de más de doscientas personas, para luego continuar con la entrevista personal

de los aspirantes, en forma privada y, recién después de concluir esa actividad, fijó los criterios de evaluación de la oposición determinando 45 puntos para la exposición y 25 puntos para la entrevista personal. De este modo, afirma, las pautas del concurso no fueron señaladas al comienzo sino al final, luego de producidas las pruebas, lo que permitió, según dice, adecuar los resultados, tornando irrazonable el dictamen final de la comisión, que fue dividido y no estableció un orden de mérito.

Alega que la sentencia apelada, al convalidar la resolución 609/01, vulnera el art. 41 de la ordenanza 525 del Consejo Superior, en tanto dispone que ese cuerpo colegiado no puede arrogarse la facultad de determinar y designar un aspirante que no sea el propuesto por el Consejo Directivo de la Facultad, máxime cuando en el caso el pedido consistió en dejar sin efecto el concurso, de lo que resulta que el Consejo Superior podía confirmar o anular, total o parcialmente el acto recurrido, pero no reformarlo o sustituirlo por otro.

– III –

Ante todo, cabe recordar que V.E. ha señalado que, las resoluciones que dictan las universidades en el orden interno, disciplinario, administrativo y docente que les es propio no son, como principio, susceptibles de revisión judicial, en tanto ellas respeten en sustancia los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y no constituyan un proceder manifiestamente arbitrario (Fallos: 301:410; 304:391; 315:701 y sus citas; 323:620; 327:2590, entre otros).

Asimismo, sostuvo reiteradamente, en jurisprudencia que considero aplicable al *sub lite*, que la designación y separación de profesores universitarios, así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente, no admite, en principio, revisión judicial, por tratarse de cuestiones propias de las autoridades universitarias (Fallos: 235:337; 320:2298), aunque dicha regla no es obstáculo para que se ejerza judicialmente el control de legalidad de los actos administrativos dictados en el curso de los procedimientos de selección de los mencionados docentes, cuando sean manifiestamente arbitrarios (Fallos: 314:1234; 316:1723; 317:40; 327:2590).

En consecuencia, corresponde examinar si los agravios que trae la recurrente tienen suficiente entidad como para justificar la descalificación del concurso (y de las resoluciones que los convalidaron) como

“manifiestamente arbitrarios”, de conformidad con el estándar citado *ut supra*.

A mi modo de ver, son inadmisibles los agravios que se basan en la arbitrariedad de la sentencia pues, además de ser una reiteración de los planteados y resueltos en la instancia anterior, no alcanzan a rebatir los fundamentos allí expuestos, máxime si se tiene en cuenta que la recurrente no cuestione las normas que regulan el llamado a concurso, sino la actuación de la comisión asesora por haber fijado los criterios de evaluación luego de producida la prueba de oposición, o por no considerar los antecedentes en forma íntegra, cuestiones éstas de índole fáctica que son ajenas por su naturaleza al remedio federal.

En este sentido cabe recordar, tal como V.E. sostuvo en un caso análogo, que se evidencia que el recurrente concibe la revisión judicial con un alcance que llevaría a los jueces a sustituir los criterios del jurado y a interferir en ámbitos típicamente académicos, comprendidos en el marco de la autonomía de las universidades nacionales y ajenos al control jurisdiccional, salvo en los supuestos de arbitrariedad manifiesta, que, a mi modo de ver, no se configuran en el *sub examine* (Fallos: 326:2374).

Por otra parte, tampoco cabe atender al planteo de la supuesta incompatibilidad del asesor jurídico de la Universidad que, a la vez, era miembro del Consejo Superior de la UNR, toda vez que el *a quo* desestimó la pretensión de la actora sobre la base de considerar que el órgano universitario ya había analizado y resuelto la incompatibilidad que se denunciaba a partir del análisis de las disposiciones pertinentes del Estatuto universitario, conclusión que no fue refutada con argumentos conducentes, en un grado tal que impida considerar a la sentencia como un acto jurisdiccional válido.

En tales condiciones, resulta aplicable al *sub lite* la jurisprudencia del Tribunal que enseña que es improcedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que rechazó la acción tendiente a que se declare la nulidad de un concurso para proveer cargos docentes e invalidar las resoluciones que lo habían convalidado, pues la sola circunstancia de que hubiera hecho mérito de diversas disposiciones de carácter federal, no basta para habilitar la vía extraordinaria cuando los agravios expuestos atañen a cuestiones de hecho que son del resorte exclusivo de los jueces de la causa (Fallos: 315:724).

– IV –

Por todo lo expuesto, opino que se debe desestimar la presente queja. Buenos Aires, 8 de septiembre de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Bielsa, María Eugenia c/ Universidad Nacional de Rosario”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, por mayoría, rechazó el recurso directo deducido por María E. Bielsa –en los términos del art. 32 de la ley 24.521– contra la resolución 609/01 del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario, en tanto rechazó el recurso de revisión deducido contra la resolución 368/99 del mismo cuerpo.

2º) Que para así decidir, el juez Toledo sostuvo que la resolución 609/01 cumplía con los requisitos esenciales del acto administrativo, estaba debidamente fundada pues no se observaba ilegitimidad o irrazonabilidad y había “considerado exhaustivamente la incompatibilidad formulada por la actora en relación a los cargos que ocupaba el Dr. Borgonovo en la Universidad [... y] mas allá de los aciertos o errores –circunstancia que este Tribunal no puede juzgar–, no se configura una situación de arbitrariedad”.

La jueza Vidal adhirió a esos fundamentos y agregó que: (a) en lo referente a la incompatibilidad de Borgonovo, “el vicio que se pretende por la recurrente [Bielsa], referido a la intervención del Dr. Borgonovo, no subsiste en la resolución indicada [res. 609/01] –que confirma la anterior (art. 19 ley 19.549) [res. 368/99]–, por lo que se torna inoficiosa su consideración” (fs. 9 vta.); (b) “la supuesta fijación de los criterios para evaluar a los concursantes con posterioridad a la prueba de oposición

—por la distribución de puntaje efectuada entre la prueba de oposición y la entrevista personal— no se advierte lo que señala la apelante, ya que, por una parte, la conducta del jurado en la forma en que se pretende que se realice, no se encuentra expresamente establecida en la normativa aplicable (v. art. 11 de la Res. CD N° 54/89), y por otra, lo más importante aún, con base en la doctrina de los actos propios, porque la falta de solicitud de explicitación del criterio a seguir para asignar esos específicos puntos con anterioridad a la emisión del dictamen, implica consentir su conocimiento posterior, ya que tratándose de un puntaje global (70 puntos) que debía ser distribuido entre dos evaluaciones diferentes, era evidente que por cada una de ellas debía asignarse un puntaje, sea que ello se expresara en forma separada o conjunta, teniéndose en cuenta además que la fijación de un tope para cada una de esas pruebas no tuvo incidencia concreta en el caso, ya que los puntajes asignados fueron inferiores al mismo”.

Contra dicho pronunciamiento, la interesada interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio origen al recurso de hecho en examen.

3°) Que la recurrente se agravia en la medida en que: (i) los jueces que conformaron la mayoría realizaron afirmaciones genéricas y se apartaron de las constancias de la causa, por lo que no se respetó el debido proceso y la garantía de defensa en juicio; (ii) la incompatibilidad de Borgonovo es de “origen genético pues nunca pudo ocupar coetáneamente las dos funciones para las que estaba designado: Asesor Jurídico del Rector y del Consejo Superior y Consejero Titular designado por la Facultad de Derecho para el Consejo Superior”; al ser notificada la resolución N° 368/99 ella sólo tomó conocimiento de la “ubicuidad funcional del Dr. Borgonovo [...] al confirmar la resolución 609/01 la nro. 368/99, viene a convalidar los vicios que a ella la inficionan, tal la inhabilidad del Dr. Borgonovo para dictaminar y resolver la cuestión”; (iii) la comisión asesora que intervino en el concurso estableció los criterios de evaluación de la posición con posterioridad al examen y a la entrevista, cuando fijó un máximo de 45 puntos para la exposición y de 25 para la entrevista personal, de modo que “permitió acomodar los resultados, tornando irrazonable el dictamen final [...], que fue dividido y no estableció un orden de méritos”, (iv) de acuerdo con la resolución 54/89 del Consejo Directivo de la Facultad, los aspirantes a ser profesores adjuntos por concurso deben desarrollar un tema y no una clase; (v) la resolución 609/01, al dejar firme la resolución anterior

–368/99– “aproba[r] el orden de merito propuesto por la Comisión Asesora”, de tal forma que se vulnera el art. 41 de la Ordenanza CS 525 que dispone que el Consejo Superior no puede arrogarse la facultad de determinar y/o designar a un aspirante que no sea el propuesto por el Consejo Directivo de la Facultad; toda vez que no existió ninguna propuesta por parte del Consejo Directivo, sino que el pedido consistió en dejar sin efecto el concurso, de lo que resulta que el Consejo Superior podrá confirmar o anular, total o parcialmente el acto recurrido, sin reformarlo ni sustituirlo por otro (art. 10 inc. ‘b’ de la ordenanza N° 30), cabe concluir que la resolución del Consejo Superior que indica qué hacer al Consejo Directivo, avasalla la autonomía de éste.

4º) Que en cuanto aquí importa reseñar, por medio de la resolución 170/97 el Consejo Directivo de la Facultad de Arquitectura de la Universidad Nacional de Rosario llamó a concurso para cubrir un cargo de profesor adjunto, con dedicación semiexclusiva, en el Area Teoría y Técnica Urbanísticas, en esa casa de estudios. Mediante la resolución 17/98, el Consejo Directivo de la Facultad integró la Comisión Asesora que entendería en el llamado a concurso, resolución que fue aprobada por medio de la resolución 85/98 del Consejo Superior de la universidad. La prueba de oposición se llevó a cabo el 1 de septiembre de 1998 y las entrevistas personales tuvieron lugar al día siguiente (expediente administrativo 9131/2, fs. 1, 120/122, 135, 185/189).

El mismo 2 de septiembre de 1998, con posterioridad a la prueba de oposición y a las entrevistas personales, la Comisión Asesora emitió un dictamen sobre los antecedentes, la prueba de oposición y la entrevista personal y plan de trabajo. Dicho dictamen determinó los “criterios para la valoración” y los “criterios de evaluación para los ANTECEDENTES [...] de la oposición [...] asignando máximos 45 puntos para la exposición y 25 para la entrevista”.

Seguidamente, los integrantes de la comisión expusieron sus opiniones sobre aquellos puntos. En primer lugar, consta la opinión de las arquitectas Isabel Martínez de San Vicente y Elida Cabrini, que propusieron el siguiente esquema: María E. Bielsa 78 puntos, María C. Tamburrini 76 puntos. En segundo lugar, la opinión de los arquitectos David Kullock y Alfredo Máximo Garay y de la srta. María José Beneite, quienes propusieron el siguiente orden de méritos: María C. Tamburrini 78 puntos, María E. Bielsa 76 puntos. Ambas opiniones coincidieron en que el tercer concursante no llegó al puntaje mínimo

requerido por la reglamentación (expediente administrativo 9131/2, fs. 190/195).

La actora impugnó ese dictamen, con fundamento en la alteración de las reglas de juego –con invocación de los arts. 11 y 13 de la resolución 54/89 del Consejo Directivo–, en la omisión de considerar los antecedentes en forma integral y en la arbitrariedad en la evaluación. En cuanto aquí interesa, señaló, por un lado, que los criterios de evaluación para la prueba de oposición debieron ser puestos en conocimiento de los concursantes con anterioridad a la sustanciación del concurso y no ser establecidos después de recibidos los antecedentes, presentado y diseñado el plan de trabajo y escuchadas las oposiciones. Del mismo modo –añadió– el desglose debió ser efectuado con antelación a la sustanciación del concurso y al dictamen. Y, por otro lado, indicó que la prueba de oposición no podía comportar un remedo de una lección ordinaria (“clase”) sino de exposición académica dirigida a explicitar sus aspectos fundamentales dentro de la asunción teórica de cada postulante. Por tales razones concluyó que el dictamen presentaba diversas causales de arbitrariedad (expediente administrativo 9131/2A, fs. 1/9).

Con posterioridad, intervinieron la Comisión Asesora (nuevamente), el asesor jurídico de la Facultad, Dr. Carlos Dulong, y la Comisión de Interpretación y Reglamentos (expediente administrativo 9131/2A, fs. 61/62 vta.; expediente administrativo 9131/2, fs. 208/209 y 222/229; y expediente administrativo 9131/2I, fs. 41/46 y 47/50). El asesor sugirió al Consejo Directivo que hiciera lugar al recurso de impugnación y propusiera al Consejo Superior dejar sin efecto el concurso “por encontrarse viciado en su forma y procedimiento”. Dicha opinión encontró sustento en que “por error gramatical en la redacción del acta final, daría la impresión que las condiciones del concurso, hubieren sido fijadas por la Comisión Asesora con posterioridad al cumplimiento de las tres etapas por las que deben pasar los aspirantes, violándose de esta manera una garantía constitucional (art. 18 C.N. ‘Que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso’) [...] Pero en los puntos d) aparentemente, se habrían incorporado elementos contrarios al espíritu del concurso y de la Resolución N° 054/89 (Art. 13 punto b inc. 2), determinando que la valoración de la Comisión Asesora, se realizará en ‘CLASE PUBLICA, evaluando además de la posición del aspirante en cuanto a objetivos y contenidos a transmitir los conocimientos de la Asignatura y su actualización en la materia, EL TRATAMIENTO DEL MENSAJE EDUCATIVO Y

SUS HABILIDADES Y APTITUDES DIDACTICO-PEDAGOGICOS’, resultando como es por todos conocido, que en este aspecto los Profesores Adjuntos, deberán desarrollar un TEMA correspondiente a la unidad objeto del concurso en SESION PUBLICA. Hecho muy distinto al juzgado por la COMISION ASESORA que cambió los parámetros evaluativos, sin previo conocimientos [sic] de los postulantes y sin que así lo requiera ni lo especifique la reglamentación vigente, estimando que esta diferente conceptualización, ha influenciado en la ponderación de la Comisión...”.

En su ampliación del dictamen, el asesor legal señaló, por un lado, que el establecimiento de las condiciones del concurso al momento de producirse el dictamen final por la comisión asesora “viola principios constitucionales irrenunciables, ‘que nadie puede ser juzgado con una ley posterior al hecho del proceso’ (...) actitud que [le] quita transparencia al procedimiento y afecta el principio de legalidad de los actos de la Administración”, y, por otro, que “lo dispuesto a desarrollar por un aspirante a profesor adjunto, en concurso para dicho cargo, [de acuerdo con la] Resolución 54/89, es un TEMA, correspondiente a la unidad objeto del concurso (Art. 13, inc. b, ítems 2 del reglamento citado) y NO UNA CLASE” (expediente administrativo 9131/2A, fs. 65 y vta.).

Mediante resolución 132/99, el Consejo Directivo de la Facultad de Arquitectura hizo lugar a la impugnación formulada por la actora en tanto el dictamen de la comisión asesora se encontraba viciado en su forma y procedimiento, y propuso al Consejo Superior de la universidad dejar sin efecto el llamado a concurso. En sus considerandos, la resolución tuvo en cuenta expresamente los dictámenes que se había producido (expediente administrativo 9131/2, fs. 230/231).

Esa resolución fue recurrida por María C. Tamburrini (expediente administrativo 9131/2I, fs. 1/5). La Asesoría Jurídica del Consejo Superior de la universidad dio su opinión –firmada por el Dr. Oscar Borgonovo– en el sentido de hacer lugar al recurso deducido por Tamburrini, rechazar la impugnación formulada por la actora y aprobar el orden de mérito propuesto por la Comisión Asesora (expediente administrativo 9131/2I, fs. 242/244 vta.).

El Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario –previa opinión de la Comisión de Interpretación y Reglamentos–, mediante resolución 368/99, dejó sin efecto la resolución 132/99 del Consejo Di-

rectivo de la Facultad de Arquitectura, rechazó la impugnación que había efectuado la actora y, en consecuencia, aprobó el orden de mérito propuesto por la comisión asesora interviniente y remitió las actuaciones a la Facultad de Arquitectura para que propusiera “la designación del profesor que corresponde [en el] orden de mérito” (expediente administrativo 9131/2I, fs. 246/247).

Contra la resolución 368/99, la actora dedujo, de modo conjunto, recurso de revisión –por grave irregularidad– y de reconsideración (expediente administrativo 9131/2J, fs. 1/29 vta.). Allí planteó la nulidad de la resolución impugnada, con sustento en (i) la incompatible intervención del consejero Borgonovo –quien, como se vió, había dictaminado en su carácter de asesor jurídico de la universidad–, (ii) que la comisión asesora de la Facultad alteró las reglas de juego –en tanto estableció los criterios de valoración con posterioridad a la prueba de oposición y no respetó el tipo de exposición previsto reglamentariamente (arts. 11 y 13 de la resolución 54/89)–, omitió de considerar los antecedentes en forma integral e incurrió en arbitrariedad en la evaluación.

Mediante resolución 17/00, el rector declaró que el planteo de recusación de Borgonovo había devenido abstracto –dada la renuncia de aquél– y designó al Dr. José A. Coelho para continuar el “trámite de producción de prueba y oportuno dictamen sobre el fondo de la cuestión” (expediente administrativo 55336/38 D, fs. 42).

Contra esa resolución, la actora dedujo recurso de reposición, nulidad y apelación. La asesoría jurídica dictaminó en el sentido de rechazar el planteo, opinión que fue compartida por el director general de asuntos jurídicos (expediente administrativo 55336/38 H, fs. 1/2 y 384/386). La actora impugnó ese dictamen y planteo de recusación de Coelho (expediente administrativo 55336/38 I, fs. 1/8 vta., y expediente administrativo 55336/38 L, fs. 1/2).

Mediante resolución 36/00, el rector declaró que el planteo de recusación de Coelho había devenido abstracto –dado que él se había apartado– y designó a la Dra. Adriana M. Barcia para continuar el “trámite de producción de prueba y oportuno dictamen sobre el fondo de la cuestión” (expediente administrativo 55336/38 L, fs. 404).

El Consejo Superior rechazó las recusaciones planteadas contra Borgonovo y Coelho (expediente administrativo 55336/38 O, fs. 416).

Con posterioridad, el Consejo Superior de la universidad dictó la resolución 609/01 por la que rechazó el recurso de revisión interpuesto y le notificó a la actora que la vía administrativa había quedado agotada (expediente administrativo 55336/38 S, fs. 559).

Contra esa decisión, aquélla interpuso el recurso directo del art. 32 de la ley 24.521, que dio origen a la sentencia apelada.

5º) Que asiste razón a la recurrente. Por un lado, los jueces que conformaron la mayoría no examinaron debidamente uno de los argumentos centrales desarrollados por la actora en sede administrativa y en su recurso directo: el que concierne al momento de fijación de los criterios de valoración de la prueba de oposición, lo cual, a juicio de la actora, ocurrió después de tomada dicha prueba. Sólo la jueza Vidal hizo una escueta referencia sobre ese punto, al señalar que de un lado, “la conducta del jurado en la forma que se pretende que se realice no se encuentra expresamente establecida en la normativa aplicable” y que, de otro, por aplicación de la doctrina de los actos propios, la actora no solicitó con anterioridad al dictamen que se explicara el criterio a seguir para asignar el puntaje.

Empero, dicha referencia, expuesta en esos términos, no alcanza, desde la perspectiva de la constatación de los criterios mínimos de la argumentación jurídica, a satisfacer la exigencia constitucional de la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (conf. doctrina de Fallos: 311:786; 314:458; 324:1378; y Fallos: 332:967, disidencia del juez Lorenzetti, entre muchos otros).

Ello es así, con mayor razón aun a la luz de la resolución 132/99 del Consejo Directivo de la Facultad que –como se vio–, al hacer lugar a la impugnación formulada por la actora, propuso al Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario nada menos que dejar sin efecto el llamado a concurso con un claro fundamento en que el dictamen de la comisión asesora se encontraba viciado en su forma y procedimiento (expediente administrativo 9131/2, fs. 230/231). Resolución que –como se vio– fue coincidente con la solución que había propuesto el asesor jurídico Dulong en el dictamen y en su ampliación, cuyos extensos argumentos fueron expresamente tenidos en cuenta, en sus considerandos, por el Consejo Directivo. Resulta útil reiterar que aquél señaló que la redacción del acta final parecía dar la impresión de que las condiciones del concurso hubieran “sido fijadas por la Comisión Asesora con pos-

terioridad al cumplimiento de las tres etapas por las que deben pasar los aspirantes, violándose de esta manera una garantía constitucional (art. 18 C.N. ‘Que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso’)” y que el establecimiento de las condiciones del concurso al momento de producirse el dictamen final por la comisión asesora “viola principios constitucionales irrenunciables, ‘que nadie puede ser juzgado con una ley posterior al hecho del proceso’ (...) actitud que [le] quita transparencia al procedimiento y afecta el principio de legalidad de los actos de la Administración”.

6º) Que, por otro lado, los jueces que formaron la mayoría no analizaron un agravio exhibido explícitamente por la actora en sede administrativa y en su recurso directo: el que atañe al contenido de la exposición que debía ser desarrollada en la prueba de oposición, esto es, que debía desarrollarse un tema y no una clase.

Parece conveniente poner de relieve que —como se dijo— el asesor jurídico ante el Consejo Directivo de la Facultad, en su dictamen, señaló que “... en los puntos d) aparentemente, se habrían incorporado elementos contrarios al espíritu del Concurso y de la Resolución N° 054/89 (Art. 13 punto b inc. 2), determinando que la valoración de la Comisión Asesora, se realizará en ‘CLASE PUBLICA, evaluando además de la posición del aspirante en cuanto a objetivos y contenidos a transmitir los conocimientos de la Asignatura y su actualización en la materia, EL TRATAMIENTO DEL MENSAJE EDUCATIVO Y SUS HABILIDADES Y APTITUDES DIDACTICO-PEDAGOGICOS’, resultando como es por todos conocido, que en este aspecto los Profesores Adjuntos, deberán desarrollar un TEMA correspondiente a la unidad objeto del concurso en SESION PUBLICA. Hecho muy distinto al juzgado por la COMISION ASESORA que cambió los parámetros evaluativos, sin previo conocimientos [sic] de los postulantes y sin que así lo requiera ni lo especifique la reglamentación vigente, estimando que esta diferente conceptualización, ha influenciado en la ponderación de la Comisión...”.

Y que en la ampliación del dictamen, aquél expresó, por un lado, que el establecimiento de las condiciones del concurso al momento de producirse el dictamen final por la comisión asesora “viola principios constitucionales irrenunciables, ‘que nadie puede ser juzgado con una ley posterior al hecho del proceso’ (...) actitud que [le] quita transparencia al procedimiento y afecta el principio de legalidad de los actos de la Administración”, y, por otro, que un aspirante a profesor adjunto,

en concurso para dicho cargo, de acuerdo con la resolución 54/89, “es un TEMA, correspondiente a la unidad objeto del concurso (Art. 13, inc. b, ítems 2 del reglamento citado) y NO UNA CLASE” (expediente administrativo 9131/2A, fs. 65 y vta.).

7º) Que, por otra parte, los jueces que formaron la mayoría no trataron otro de los argumentos que fueron oportunamente planteados en sede administrativa y en el recurso directo: el que radica en que la Comisión Asesora de la Facultad de Arquitectura no estableció ningún orden de mérito. Dicho punto ni siquiera fue mencionado en esas opiniones, que se limitaron a citar la jurisprudencia de este Tribunal en la materia sin explicar cómo la aplicación de dichos criterios jurisprudenciales daban sustento en el caso *sub examine* al rechazo del referido recurso.

8º) Que lo que ha sido reseñado permite fijar dos conclusiones. De un lado, que los argumentos y objeciones formulados por la actora no fueron examinados de un modo suficiente por las autoridades de la universidad, aun cuando aquélla las sostuvo en los sucesivos planteos formulados en sede administrativa.

Una especial relevancia indicadora en ese sentido debe concederse a los disímiles, encontrados y cambiantes criterios expuestos en sede de la universidad. Ciertamente, pueden verse las manifestaciones expuestas por varios integrantes del Consejo Superior en la sesión del 9 de noviembre de 1999 –es decir, la misma fecha en que fue dictada la resolución 368/99–, en la cual se puso a consideración el informe de la Comisión de Interpretación y Reglamentos sobre el recurso de apelación deducido por Tamburrini (expediente administrativo 55336/38E, fs. 53/59). En dicha sesión, el arquitecto Perseo solicitó “un tiempo para analizar la situación”, ya que le resultaba extraño que no se hubiera solicitado ningún antecedente ni consultado a la Facultad; el profesor Maiorana, tras hacer referencia a su extrañeza por la propuesta de dejar sin efecto una decisión del Consejo Directivo de la Facultad, afirmó que adheriría a cualquier moción tendiente a que el tema fuera tratado en la siguiente sesión “a fin de darle el tiempo suficiente”; y también solicitó que se le informe sobre las razones por las cuales se proponía dejar sin efecto la resolución del Consejo Directivo, punto sobre el que coincidió el odontólogo Masía; el arquitecto Torio sugirió que el tema fuera tratado por la Comisión de Asuntos Académicos; el Señor Oliva expresó su deseo de conocer las razones por las cuales se proponía dejar sin efecto la resolución del Consejo Directivo; el ingeniero Más

aclaró que desconocía el tema y que por ello le resultaba difícil tomar una decisión en el momento de votar, razón por la que solicitó la postergación del debate.

La segunda conclusión radica en que aquellos argumentos y objeciones tampoco fueron examinados de manera suficiente por la cámara, pese a que fueron exhibidos en el recurso directo.

9º) Que las razones expuestas resultan suficientes para descalificar el pronunciamiento recurrido con fundamento en la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias (Fallos: 305:72; 312:1150; 314:740 y 320:2675).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese. Reintégrese el depósito, agréguese la queja al principal y remítase.

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

Recurso de hecho interpuesto por **María Eugenia Bielsa, actora en autos**, representada por la **Dra. Susana Elba Toso**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Rafael Bielsa y Gustavo Gené**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario. Sala B.**

DE PINTO, SILVIA NOEMI c/ E.N. P.J.N. Dto. 5046/51
s/ EMPLEO PÚBLICO

JUECES.

Corresponde confirmar el pronunciamiento que rechazó la demanda iniciada por una secretaria de un juzgado civil —a cargo de una secretaria contencioso administrativa en virtud de la Acordada de la Corte N° 11/02— contra el Estado

Nacional (Poder Judicial de la Nación) por el cobro de diferencias salariales en razón de la mayor carga laboral por hacerse cargo de la tramitación de las denominadas “causas del corralito” ya que, más allá de la justicia o no del reclamo, no existe legislación hoy que permita encuadrarlo para hacerle lugar y el intento por normarlo en el ámbito del Consejo de la Magistratura no tuvo éxito (Plenario del 10 de junio de 2004).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 145/146, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (sala IV) confirmó la sentencia de la anterior instancia que había rechazado la demanda iniciada por la secretaria del juzgado civil N° 52, Dra. Silvia Noemí de Pinto –a cargo de una secretaría contencioso administrativa en virtud de la acordada CSJN 11/02– contra el Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación) por el cobro de diferencias salariales en razón de la mayor carga laboral por hacerse cargo de la tramitación de las denominadas “causas del corralito”.

Para decidir, el tribunal entendió que resultaba inaplicable el régimen del decreto 5046/51 –solicitado por la actora– desde que no hubo reemplazos, subrogancias, vacantes que cubrir ni designaciones sino una situación de desborde para el órgano judicial –especialmente en el fuero contencioso administrativo– que, ante la insuficiencia de recursos, tanto humanos como económicos, se la debió paliar con la resolución tomada por la acordada 11/02 redistribuyendo causas entre las secretarías de otros fueros.

También consideró que la obligación de colaboración a las necesidades del servicio de justicia está ínsita en la función de un secretario de juzgado, como surge de la acordada CSJN N° 34/89.

– II –

Disconforme, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 150/161, contestado a fs. 168/173, que fue concedido por cuestión

federal y denegado en lo atinente a la arbitrariedad endilgada a la sentencia, sin que se presentara queja (fs. 175 y vta.).

Sostuvo que: a) se afecta el principio de “igual remuneración por igual tarea” porque los secretarios afectados por la acordada 11/02 para paliar las consecuencias de la emergencia económica y evitar la denegación de justicia a los ciudadanos, tienen doble tarea por un mismo sueldo; b) se afecta el principio de “igualdad ante la ley” (i) porque los funcionarios que subrogan a otra persona –sea por licencia o vacancia– y siguen, a la par, cumpliendo sus funciones propias, cobran en virtud del decreto 5046/51, una tercera parte del sueldo del cargo que se subroga e (ii) porque los secretarios no afectados por la acordada 11/02 –los del fuero comercial– reciben igual remuneración que la actora sin recarga de tareas por las causas del “corralito”; c) se afecta el “principio de justa remuneración” porque siendo el caso de autos análogo a la subrogancia no se percibe aumento alguno en las remuneraciones; d) la sentencia aplica una interpretación literal del texto del decreto 5046/51; e) la negativa a compensar las mayores tareas y funciones implica un enriquecimiento sin causa del Estado Nacional a expensas de un servicio incondicional de los secretarios afectados por la acordada 11/02, acto de autoridad nacional que no desobliga al Poder Judicial a reconocer el derecho a una retribución justa; f) el tribunal debió expedirse por aplicación de los arts. 15 y 16 del Código Civil que establecen que si una cuestión civil no pudiera resolverse se atenderá a los principios de leyes análogas o a los principios generales del derecho, si fuere necesario; g) desde el 2002 la actora ejerce funciones de secretaria bajo las órdenes de dos magistrados –uno, con competencia civil, otro, contencioso administrativa– responsabilidad que no le es retribuida; h) la Corte evitó la designación de nuevo personal, compra de mobiliario y equipo informático y lo reemplazó con “designaciones” de secretarios de otros fueros –que afectaron los materiales y el personal de sus secretarías naturales– sin adecuar las remuneraciones en función de las nuevas obligaciones; i) la falta de reconocimiento del derecho quebranta el equilibrio de las prestaciones; j) debió el tribunal utilizar el principio *iura novit curia* y fallar en derecho.

– III –

A mi modo de ver, el recurso es formalmente admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la aplicación y la interpretación de normas de carácter federal (decreto 5046/51) y de actos de autoridad nacional (acordadas 8/88 y 11/02) y la decisión definitiva del superior

tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas.

– IV –

Cabe, en primer lugar, señalar que no está en discusión el efectivo cumplimiento por la actora de las obligaciones que la Corte Nacional le impuso por la acordada 11/02 ni las facultades de las autoridades que la afectaron al cometido ni las razones de emergencia invocadas para el dictado del acto.

El tema a resolver es si a pesar del vacío legal –que la propia recurrente reconoce expresamente en su escrito del recurso extraordinario: “Es cierto que la Acordada N° 11/02 no dice nada de la remuneración pero bien puede decirse que la tuvo por supuesta teniendo en cuenta lo dispuesto en la Acordada N° 8/88 y en el Decreto 5046/51” (ver fs. 154)– se puede reconocer a la apelante el derecho a una compensación dineraria por aplicación analógica del régimen de subrogancias vigente al momento de la afectación laboral.

En rigor, la situación de hecho no es análoga a la descripta en el decreto 5046/51 como para poder aplicar dicho régimen. Este fue previsto para los casos en que un funcionario *reemplaza* a otro de igual o superior jerarquía, circunstancia que técnicamente no se da en el presente donde la actora no subroga o reemplaza a otro secretario ni cubre vacante alguna sino antes bien cumple con un recargo de tareas –el trámite de determinadas causas– que le fue encomendado por la Corte Suprema ante el colapso judicial por las normas de emergencia sancionadas en aras de no privar de justicia a los ciudadanos.

Más allá de la justicia o no del reclamo, lo cierto es que no existe legislación hoy que permita encuadrarlo para hacerle lugar. Tan es así –la necesidad de contar con un régimen especial y propio– que se intentó normarlo pero sin éxito.

De hecho, la Comisión de Administración y Financiera del Consejo de la Magistratura –por dictamen N° 19/04– promovió el dictado de una norma que otorgaba “...a los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación que se vieron afectados como consecuencia de la implementación de las restricciones normativas producto del Decreto 1570/01, Ley 25.561, normas reglamentarias y complementarias, así como aquellos que debieron asumir la obligación reglamentaria or-

denada por las Acordadas N° 11/02 y 1/03, una gratificación mensual consistente en la cuarta parte del sueldo correspondiente al cargo en que revisten...” (art. 1°) si se cumplían ciertas condiciones allí establecidas. El fundamento de dicho acto radicaba en la especial situación y en la garantía constitucional de una retribución justa. Sin embargo el proyecto fue rechazado por el Plenario del Consejo de la Magistratura del 10 de junio de 2004.

Así las cosas, cabe destacar que no correspondería que V.E., por vía de sentencia y ante la inexistencia de norma expresa, establezca una gratificación a la remuneración de los secretarios por la recarga de tareas, toda vez que ello importaría el ejercicio de una facultad legisferante que no le está permitida al órgano judicial como tal.

– V –

En otro orden, deberá tenerse en cuenta el pedido de rectificación (pto. I “cuestiones preliminares”) del recurso extraordinario, en orden a modificar el error en la carátula consignada en la sentencia de la alzada.

– VI –

Por lo expuesto, opino que corresponde admitir formalmente el recurso extraordinario y confirmar la sentencia de fs. 145/146. Buenos Aires, 2 de agosto de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “De Pinto, Silvia Noemí c/ EN – PJN – (dto. 5046/51) s/ empleo público”.

Considerando:

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

razones de brevedad, con exclusión del punto V en atención a la providencia de la cámara (fs. 184) que hizo lugar al pedido de aclaratoria formulado por la parte actora.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden, en tanto la naturaleza de la cuestión debatida pudo hacer que la actora se considerase con derecho a sostener su posición (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA
— CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Dra. Silvia Noemí De Pinto, por derecho propio y en su carácter de Secretaria Titular de la Secretaría N° 52 del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 1**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Alejandro María Colombres y Enrique Vicente del Carril**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional, demandada en autos**, representado por el **Dr. Marcos Giangrosso**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administración Federa. Sala IV**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12, Secretaría N° 23**.

GODOY, ALDO RAMON c/ MINISTERIO DE DEFENSA s/ ORDINARIO

SERVICIO MILITAR.

Cabe confirmar la sentencia que condenó al Estado Nacional a abonar al actor el haber de retiro desde que fue apartado del servicio y una indemnización por los daños derivados del accidente ocurrido mientras realizaba prácticas de salto en paracaídas, pues el personal que ingresa en los términos de la ley 24.429—servicio militar voluntario— se agrupa en la clasificación “tropa voluntarios” dentro de la categoría personal subalterno del cuadro permanente de las Fuerzas Armadas, con todas las consecuencias que derivan de tal inclusión, en particular aquellas relacionadas con el haber de retiro que corresponde otorgar en cada caso, según el grado de incapacidad que afecte al causante, y en consecuencia resulta aplicable el art. 76, inc. 2, apartado a), de la ley 19.101, que contempla un haber de

retiro para el personal superior y subalterno del cuadro permanente cuando la inutilización produce una disminución para el servicio menor al sesenta y seis por ciento y como consecuencia de ello no puede continuar prestando servicios en actividad.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

SERVICIO MILITAR.

Cabe confirmar la sentencia que condenó al Estado Nacional a abonar al actor el haber de retiro desde que fue apartado del servicio y una indemnización por los daños derivados del accidente ocurrido mientras realizaba prácticas de salto en paracaídas, pues el accidente se produjo mientras el actor realizaba prácticas de salto al enroscarse la correa extractora por dentro de su brazo derecho produciéndose así la fractura del hueso humeral, por lo que no existe óbice alguno para otorgar una indemnización basada en normas de derecho común a un integrante de las fuerzas armadas cuando las leyes específicas que rigen a la institución no prevén una reparación, sino un haber de retiro de naturaleza previsional y se trata de circunstancias ajenas al combate, consecuencia de un hecho accidental que podía ser imputado jurídicamente al Estado Nacional.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 195/198, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó parcialmente la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, condenó al Estado Nacional –Ministerio de Defensa– a abonar al actor el haber de retiro desde que fue apartado del servicio y una indemnización por los daños derivados del accidente ocurrido mientras realizaba prácticas de salto en paracaídas.

Para así decidir, tuvo en cuenta que el actor se desempeñó como soldado voluntario y que, luego del accidente relacionado con actos del servicio, se fijó en sede judicial una incapacidad laboral del 45%. Asimismo, señaló que la ley 19.101 no contempla indemnización alguna para casos como el de autos, por lo que la percepción del beneficio previsional no es incompatible con el reconocimiento de una reparación fundada en normas de derecho común.

Por otro lado, en cuanto a la situación de revista del actor, considero que pertenece al cuadro permanente y que se encuentra comprendido en el art. 76, inc. 2, apartados a) y d) de la ley 19.101, en virtud de la remisión que dispone la ley 24.429, que regula el servicio militar voluntario.

– II –

Disconforme con esta decisión, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 201/216, que fue concedido parcialmente a fs. 240/241 en cuanto a la cuestión federal planteada y denegado por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional.

En lo sustancial, aduce que el actor se encuentra sometido a un régimen legal específico y que, por lo tanto, le corresponde una indemnización por única vez equivalente a veintiún haberes mensuales del grado de cabo, según lo dispuesto por el art. 76, inc. 3, apartado c) y de la ley 19.101 y el decreto reglamentario 829/82. También se agravia porque el tribunal no tuvo en cuenta que, por su condición de ex soldado voluntario y por el grado de incapacidad reconocido, al actor no le corresponde el beneficio que prevé el art. 76, inc. 2, apartados a) y d) de la ley 19.101.

– III –

A mi modo de ver, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se halla en juego la aplicación e interpretación de normas de carácter federal (leyes 19.101 y 24.429 y su decreto reglamentario) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que el 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 –

Ante todo, cabe señalar que en el *sub lite* no se encuentra en tela de juicio que las lesiones que padece el actor se produjeron en acto de

servicio en tanto el accidente ocurrió durante una práctica de salto en paracaídas, ni que la incapacidad laboral no supera el sesenta y seis por ciento. La cuestión en debate exige determinar la agrupación en la que revista el actor en su carácter de soldado voluntario, pues mientras la cámara sostiene que integra el cuadro permanente, el recurrente alega que queda comprendido en las normas referidas a los conscriptos y que, por lo tanto, sólo le correspondería la indemnización por única vez prevista por el art. 76, inc. 3, apartado c) de la ley 19.101.

Al respecto, se advierte que la ley 24.429 instituyó el servicio militar voluntario, al cual pueden ingresar todos aquellos ciudadanos que cumplan las condiciones establecidas, con la finalidad de contribuir a la defensa nacional. El decreto reglamentario 978/95, a su vez, dispone que el personal que se incorpore a las Fuerzas Armadas bajo el régimen de la ley citada se agrupa en la clasificación “Tropa Voluntarios” que prescribe la ley 19.101 para el personal militar (v. art. 1º, inc. a, del anexo I).

Por su parte, el art. 17 de la ley 24.429 establece que los haberes y pensiones que correspondan por disminución absoluta o relativa de la capacidad laboral o fallecimiento, ocurridos como consecuencia de la prestación del servicio militar, se ajustarán a lo establecido por la Ley para el Personal Militar y su respectiva reglamentación.

A mi modo de ver, del contexto legal reseñado –cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por las partes– se desprende claramente que el personal que ingresa en los términos de la ley 24.429 se agrupa en la clasificación “tropa voluntarios” dentro de la categoría personal subalterno del cuadro permanente de las Fuerzas Armadas (v. arts. 15, 30 y 33 y anexo I de la ley 19.101), con todas las consecuencias que derivan de tal inclusión, en particular aquellas relacionadas con el haber de retiro que corresponde otorgar en cada caso, según el grado de incapacidad que afecte al causante.

Como consecuencia de ello, resulta aplicable en la especie el art. 76, inc. 2, apartado a), de la ley 19.101, que contempla un haber de retiro para el personal superior y subalterno del cuadro permanente cuando la inutilización produce una disminución para el servicio menor al sesenta y seis por ciento y como consecuencia de ello no puede continuar prestando servicios en actividad.

Estimo, por tanto, que la postura esgrimida por el apelante –que sostiene que al actor sólo le corresponde la indemnización prevista para el personal de alumnos y concriptos por el art. 76, inc. 3, apartado c) de la ley 19.101– importa desconocer el encuadramiento dispuesto en forma expresa por la ley 24.429, ordenamiento que en ninguna de sus normas ni en su reglamentación alude a los concriptos. En este orden de ideas, cabe señalar que el recurrente se limita a afirmar reiteradamente que el actor investía la calidad de soldado voluntario al momento del accidente y que se encuentra sometido al régimen legal específico de la ley 19.101. Tales aseveraciones revelan un análisis parcial de la normativa que rige el caso, pues la ley 24.429 y su decreto reglamentario constituyen el ordenamiento que regula lo atinente al servicio militar voluntario, al margen de que remita a preceptos de la ley 19.101 en algunos aspectos.

En este sentido, cabe recordar que, según una antigua jurisprudencia de V.E., cuando la ley de la ley no exige un esfuerzo de interpretación, la norma debe ser aplicada directamente con prescindencia de consideraciones que limiten o excedan los supuestos comprendidos en ella y procurando dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 313:1007; 321:2894, entre otros), y que la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos: 303:578; 330:1356).

Por lo demás, en materia de leyes que regulan el otorgamiento de haberes previsionales a aquellos que cumplieron con el servicio militar obligatorio y resultaron incapacitados por actos del mismo servicio para el trabajo en la vida civil, el Tribunal ha establecido que la interpretación requiere máxima prudencia, en especial cuando se trata de leyes de previsión social y la inteligencia que se les asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo (v. doctrina de Fallos: 329:4206 y su cita), criterio que resulta aplicable al *sub lite* aun cuando se trata de un servicio voluntario.

Sentado lo anterior, corresponde examinar los agravios relativos la indemnización que otorgó la cámara por los daños y perjuicios que padece el actor. Al respecto, entiendo que resulta aplicable la doctrina sentada en el precedente “Mengual” (Fallos: 318:1959), pues el accidente se produjo mientras el actor realizaba prácticas de salto en

paracaídas al enroscarse la correa extractora por dentro de su brazo derecho produciéndose así la fractura del hueso humeral. En atención a lo expresado en aquel caso, procede concluir que no existe óbice alguno para otorgar una indemnización basada en normas de derecho común a un integrante de las fuerzas armadas cuando las leyes específicas que rigen a la institución no prevén una reparación, sino un haber de retiro de naturaleza previsional y se trata –como ocurre en el caso– de circunstancias ajenas al combate, consecuencia de un hecho accidental que podía ser imputado jurídicamente al Estado Nacional (Fallos: 325:1957).

En consecuencia, por no tratarse en el caso de lesiones originadas en acciones bélicas y en virtud de que las disposiciones respectivas de la ley 19.101 no contemplan un régimen indemnizatorio especial, sino que tratan de haberes previsionales, tal como se expresó *ut supra*, no existió –a mi modo de ver– impedimento alguno para reclamar el resarcimiento de los daños por las normas del derecho común.

– V –

Opino, por tanto, que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 23 de marzo de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Godoy, Aldo Ramón c/ Ministerio de Defensa s/ ordinario”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la resolución apelada. Con costas (art. 68 del

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional –Ministerio de Defensa Estado Mayor Gral del Ejército–**, representado por la Dra. **María Amalia Maronna**.

Traslado contestado por **Aldo Ramón Godoy**, con el patrocinio del Dr. **Eduardo Juan Daffunchio**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal N° 2 de Santa Fe**.

GUIDO C. CARATTI E HIJOS S.R.L. c/ A.F.I.P. - D.G.I. RESOL. 122/01
S/ DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA

PRINCIPIO DE RESERVA.

El organismo recaudador se encuentra facultado para fijar el término dentro del cual la reorganización societaria enmarcada en el art. 70 de la ley de impuesto a las ganancias (t.o. en 1977) debe ser comunicada, pues el art. 77 de la misma claramente determina que "...deberá ser comunicada a la Dirección General Impositiva en los plazos y condiciones que la misma establezca", y tal atribución no encierra violación alguna al principio de reserva de ley en materia tributaria consagrado en los arts. 4º, 17, 52 y 75 de la Constitución Nacional pues éste abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

REORGANIZACION DE SOCIEDADES.

El organismo recaudador puede válidamente fijar el plazo para la comunicación de las reorganizaciones societarias enmarcadas en el art. 70 de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1977) en días "corridos", ya que el art. 4º, segundo párrafo, de la ley 11.683 preceptúa que se computarán los días hábiles administrativos salvo que de "las normas que rijan los gravámenes" surja lo contrario, y dicha expresión no exige una ley formal, es decir emanada del Congreso, para establecer términos en días corridos, sino que otras normas generales de rango

distinto pueden hacerlo, sin mengua de su eficacia o validez con sustento en su naturaleza de decreto reglamentario o resolución general.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 242/245, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior, que había declarado la inconstitucionalidad del art. 1º de la resolución general (DGI) 2.245 y, en consecuencia, declarado la nulidad del acto administrativo por el que se había rechazado formalmente la reorganización societaria en virtud de la extemporaneidad en la presentación de la información.

Para así decidir, recordó que el citado precepto disponía que las reorganizaciones societarias enmarcadas en el art. 70 de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1977) debían ser comunicadas al ente recaudador dentro de los ciento ochenta días “*corridos*” contados a partir de la fecha de la reorganización.

Puntualizó que la contribuyente había presentado su nota de comunicación con un exceso de tres días al fijado en el citado reglamento, por lo cual se había de tener por firme que su cumplimiento fue realizado dentro de los ciento ochenta días “*hábiles*”.

Establecido ello, valoró que el art. 70 de la ley del impuesto a las ganancias no contempla plazo alguno para realizar esa presentación, motivo por el cual debe estarse a lo dispuesto en el art. 4º de la ley 11.683, el cual establece que, para todos los términos fijados en las normas que rigen los gravámenes a los cuales ella es aplicable –entre los que se encuentra el impuesto a las ganancias– se computarán únicamente los días “*hábiles administrativos*”, salvo que de ellas surja lo contrario o así corresponda al caso.

Agregó que tal disposición se encuentra en sintonía con lo normado en el art. 1º, inc. e), ap. 2), de la ley de procedimientos administrativos,

que fija que los plazos se contarán por días hábiles administrativos, salvo disposición legal en contrario.

Por esto, consideró que el plazo en días “*corridos*” empleado por el art. 1º de la resolución general (DGI) 2.245 resulta inconstitucional, pues se alza contra el régimen general de cómputo de los términos en días “*hábiles administrativos*” dispuesto por las leyes 11.683 y 19.549, sin que el citado reglamento revista el carácter de ley especial, requisito exigido por estas últimas dos normas para permitir un apartamiento de sus preceptos.

– II –

Disconforme, la Administración Federal de Ingresos Públicos interpuso el recurso extraordinario de fs. 249/265, concedido a fs. 275 en lo atinente a la existencia de cuestión federal y denegado en cuanto a la arbitrariedad y la gravedad institucional denunciadas.

Señala que el art. 77 de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997) establece que la reorganización debe ser comunicada a la DGI en los plazos y condiciones que ella determine, razón por la cual existe una delegación legislativa en favor del organismo recaudador para que sea éste quien fije el término en que debe ser presentada la comunicación.

Añade que la exigencia de que sea una ley emanada del Congreso la que fije el lapso en días “*corridos*”, como lo requiere la cámara en su pronunciamiento está cumplido en este caso, pues es el art. 77 de la ley del impuesto a las ganancias es el que lo hace, si bien encomendando esta tarea al organismo recaudador.

– III –

A mi modo de ver, el remedio extraordinario es formalmente admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal (leyes 11.683, 19.549, 20.628 y resolución general DGI 2.245) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48).

– IV –

Liminarmente, no es ocioso recordar que, en su tarea de establecer la correcta interpretación de las normas de carácter federal, V.E. no se

encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la inteligencia que rectamente les otorgue (arg. Fallos: 307:1457; 320:1915, entre otros).

Sentado ello, es mi parecer que el organismo recaudador se encuentra facultado para fijar el término dentro del cual la reorganización societaria debe ser comunicada, pues el art. 77 de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. 1997) claramente determina que: *“La reorganización deberá ser comunicada a la Dirección General Impositiva en los plazos y condiciones que la misma establezca”*.

Pienso que tal atribución no encierra violación alguna al principio de reserva de ley en materia tributaria consagrado en los arts. 4º, 17, 52 y 75 de la Constitución Nacional pues, como adecuadamente V.E. puso de resalto en Fallos: 329:1554, éste abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones (cfr. cons. 10º).

En este caso, no se trata de la creación de un tributo ni de la modificación de sus elementos esenciales, sino únicamente de la facultad para fijar un plazo para la presentación de cierta información, lo que constituye una delegación en el órgano administrativo de atribuciones legislativas limitadas a determinados aspectos de la recaudación y fiscalización en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, cuya validez ha sido admitida por Tribunal en invariable jurisprudencia (Fallos: 304:438; 324:3345; 327:4360, entre otros).

– V –

Llegados a este punto, corresponde analizar si este plazo que válidamente puede fijar la AFIP, debe ser establecido en días *“corridos”* o *“hábiles”*.

Al respecto, el art. 4º, segundo párrafo, de la ley 11.683 preceptúa: *“Para todos los términos establecidos en las normas que rijan los gravámenes a los cuales es aplicable esta ley, se computarán únicamente los días hábiles administrativos, salvo que de ellas surja lo contrario o así corresponda en el caso”*. A su turno, el art. 112 de la misma ley determina que sus disposiciones se aplican, entre otros, al impuesto a las ganancias.

Por su parte, el art. 1º, inc. e), ap. 2), de la ley 19.549 menciona que los plazos se contarán por días hábiles administrativos, “*salvo disposición legal en contrario*”.

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

Sobre la base de dichas pautas hermenéuticas, me parece evidente que las expresiones “*normas que rijan los gravámenes*” y “*disposición legal en contrario*” empleadas por la ley 11.683 y 19.549, respectivamente, no exigen una ley formal, es decir emanada del Congreso, para establecer términos en días corridos, sino que ambas indican –en forma concordante– que otras normas jurídicas generales de rango distinto pueden hacerlo, sin mengua de su eficacia o validez con sustento en su naturaleza de decreto reglamentario o resolución general.

A la luz de la redacción empleada por la ley 11.683, no puede pasar inadvertido que los tributos no sólo están “*regidos*” por las leyes formales que los crean y fijan sus elementos esenciales, sino también por una pléyade de normas de rango infralegal que integran el conjunto de disposiciones imperativas que instituyen y regulan su funcionamiento y que poseen la misma eficacia que las primeras, en tanto respeten su espíritu (Fallos: 281:170; 304:438).

Por lo dicho, entiendo que el organismo recaudador puede válidamente fijar el plazo para la comunicación en días “*corridos*”, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 77 de la ley del impuesto a las ganancias y, en consecuencia, debe revocarse la sentencia de fs. 242/245 en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 1º de la resolución general (DGI) 2.245.

– VI –

Sentado lo anterior, corresponde tratar las demás argumentaciones traídas por la actora, relativas a la “*fecha de la reorganización*”, con base en lo dispuesto por el art. 105 del decreto reglamentario 1.344/98.

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 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 (doctrina de Fallos: 247:111; 265:201; 276:261; 311:696 y 1337; 324:3345, entre otros).

La condición exigida se halla cumplida en esta causa, pues Guido C. Caratti e Hijos S.R.L., al contestar el traslado del recurso extraordinario en examen, mantuvo estos argumentos que no fueron tratados por las sentencias de las instancias anteriores (cfr. pto. IV “Restantes defensas esgrimidas por esta parte”, fs. 273).

Manifiesta la actora que el 30/06/99 se celebró la reunión de socios de Guido C. Caratti e Hijos S.R.L., en la que se decidió la escisión de la entidad, destinando el 53,125% de su patrimonio para la constitución de una nueva, denominada Guido Miguel Caratti S.R.L. y se definió en ese momento que la fecha de reorganización operaba el 1/04/99. Reseña que el 30/09/99 se presentó al ente recaudador la nota informando los datos de las empresas involucradas, la que fue considerada como presentada fuera de plazo, originando este proceso.

Sin embargo, añade que no pudo cumplir en término con los trámites societarios de la escisión, razón por la cual la actividad la continuó desarrollando Guido C. Caratti e Hijos S.R.L. en su totalidad hasta el momento de la efectiva escisión, circunstancia que finalmente ocurrió un año más tarde de lo originalmente previsto, es decir el 1/04/00.

Relata que el 12/09/00 hizo una nueva presentación comunicando esta escisión operada el 1/04/00, la cual no fue debidamente tenida en cuenta por la Administración al momento de decidir.

Resalta que tanto los arts. 77 y 78 de la ley como el 105 de su decreto reglamentario dan efecto a todas las condiciones a partir de la fecha de la efectiva reorganización, siendo el propio reglamento el que la define como *“la del comienzo, por parte de la o las empresas continuadoras, de la actividad o actividades que desarrollaban sus antecesoras”*.

Bajo este prisma, asevera que los plazos de la reorganización, a todos los fines y entre ellos queda comprendido el de la comunicación

prevista en el art. 1° de la resolución general (DGI) 2.245, deben tomarse a partir de la fecha de la reorganización y ésta es aquella en la cual la continuadora inicia el desarrollo de la actividad de la antecesora, lo que en su caso se produjo el 1/04/00.

Para demostrar este aserto, la accionante ofreció y produjo prueba informativa y pericial contable (cfr. fs. 154/155 y 158/159, respectivamente).

En la prueba informativa, Guido Miguel Caratti S.R.L. informa que el 1/04/00 ha incorporado a sus libros los bienes recibido de su antecesora, inscribiéndose ante la AFIP y denunciando como fecha de inicio de su actividad el 10/04/00.

En la pericial contable, el experto precisa que la actora ha contabilizado hasta el 31/03/00 la totalidad de las operaciones, incluyendo las que le hubieran correspondido a la continuadora si su actividad se hubiera efectivamente iniciado el 1/04/99, fecha originalmente prevista. Agrega, en ese orden, que la recurrente declaró el IVA y el impuesto a las ganancias por esas transacciones e incluyó los bienes que hubieran correspondido a la continuadora a los fines del pago del impuesto a la ganancia mínima presunta. Por último, señala que el 1/04/00 la actora registró la transferencia de activos y pasivos en su Libro Diario, bajo el concepto “Transferencia por escisión”.

Corrido el pertinente traslado de ese informe pericial, la AFIP manifestó que esta prueba resultaba inconducente pese a lo cual, por imperativo procesal, formuló una serie de consideraciones respecto de su validez y corrección técnica (fs. 161).

En estas condiciones, determinar el momento en el que la continuadora comenzó a desarrollar la actividad de la antecesora a los fines de fijar la “*fecha de la reorganización*” en los términos del 105 del decreto reglamentario de la ley del tributo y, por ende, si se ha cumplido el plazo fijado en la resolución general (DGI) 2.245, remite, ineludiblemente, al examen y valoración de las pruebas rendidas en autos, tema éste que resulta ajeno a mi dictamen, el que debe circunscribirse a las cuestiones de índole federal antes analizadas (conf. criterio de este Ministerio Público, expresado en los dictámenes producidos en las causas de Fallos: 321:2501, 322:3255, 332:1571, entre otros).

– VII –

Por lo hasta aquí expuesto, me limito a opinar que se debe hacer lugar al recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y, en caso de que V.E. considere que se ha demostrado que la “*fecha de la reorganización*” fue el 1/04/00 y se ha cumplido entonces con el plazo reglamentariamente fijado para el trámite en cuestión, hacer lugar a la demanda. Buenos Aires, 14 de febrero de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Guido C. Caratti e Hijos S.R.L. c/ AFIP – DGI – resol. 122/01 s/ Dirección General Impositiva”.

Considerando:

Que la cuestión federal planteada en el recuso extraordinario deducido por la demandada ha sido adecuadamente considerada en los acápites I a V del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitirse por razones de brevedad, con exclusión de la referencia que se efectúa en el último de tales acápites respecto de los alcances del art. 1º, inc. e, ap. 2 de la ley 19.549, en la inteligencia de que la controversia tiene respuesta en la regulación específica de la materia impositiva que allí se cita.

Por ello, de conformidad, en lo pertinente, con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada en los términos indicados en el punto V del referido dictamen. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen, a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo decidido en la presente. Notifíquese y remítase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por la **AFIP**, representado por el **Dr. Eduardo Salvatore**, con el patrocinio letrado del **Dr. Enrique Carballo**.

Traslado contestado por **Guido C. Caratti e Hijos SRL**, representada por la **Dra. Margarita Victoria D'Amico**, con el patrocinio de los **Dres. Miguel José Cucchietti y Gastón Arcal**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10**.

W.D. c/ S.D.D.W. s/ DEMANDA DE RESTITUCIÓN DE MENOR REC. DE APEL.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES.

A los efectos de que las dificultades que pudiese generar el retorno de la progenitora con el menor al país de origen no obstaculicen el cumplimiento de la sentencia ni originen mayor conflictividad que la que de por sí podría provocar el hecho de tener que regresar a un sitio en el que aquélla manifiesta no haber podido adaptarse, corresponde hacer saber al señor juez a cargo de la causa que, al momento de ejecutar el fallo, proceda a realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos, permitiéndole para ello adoptar las medidas que estime conducentes, ponderando la realidad y circunstancias en que se desarrollan las relaciones entre las partes para concretar las pautas de restitución, como así también evaluar los requerimientos que se le formulen en tanto respeten la decisión adoptada y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES.

Cabe revocar la sentencia que rechazó el pedido de restitución a la República de Alemania respecto del hijo menor de las partes –traído al país por ambos progenitores– pues no se ha demostrado que la Argentina constituyera el destino que de consuno fijaron las partes para vivir en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual que podría derivar de la mudanza, ya que tampoco se configura un supuesto de “clara intención compartida” de trasladarse. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES.

Si la madre se rehusó a retornar y retuvo al menor en el lugar al que se había trasladado legalmente, forzando así su cambio de residencia contra la voluntad del padre –quien ostenta igual derecho a autorizar o denegar dicho cambio–, tal

situación configuraría el supuesto de retención ilícita, pues ni siquiera ha invocado –ni probado– hallarse inhabilitada para reingresar a Alemania, ni ha demostrado la imposibilidad de vivir con su hijo de esa nacionalidad, en ese país que los albergó antaño por elección propia, y donde la interesada habría desarrollado actividades académicas y laborales y recibido auxilio financiero estatal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, que confirmó el rechazo del pedido de restitución a la República Federal de Alemania respecto del hijo menor de las partes M.W. (en adelante M.), el padre requirente dedujo el recurso extraordinario de fs. 572/584, concedido tanto respecto de la materia federal cuanto de la arbitrariedad invocada por el apelante (v. fs. 624).

– II –

La apelación resulta admisible, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (que denominaré “CH 1980” y a cuyo articulado me referiré, salvo aclaración en contrario) y de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en los predichos instrumentos internacionales (art. 14 inc. 3 de la ley 48).

En tales condiciones, los argumentos de las partes o de la Corte local, no restringen la actuación de ese Tribunal, sino que le incumbe a V.E. realizar una declaratoria sobre la controversia (doct. de Fallos: 329:5621; 330:2286, 2416, 3758, 3764, 4721; 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Asimismo, atento a que la arbitrariedad que se atribuye al pronunciamiento impugnado guarda estrecha relación con la violación de los derechos constitucionales invocados, ambas aristas han de examinarse

conjuntamente (arg. Fallos: 321:2764; 325:2875; 326:1007; 327:3536, 5736, entre otros).

– III –

En el dictamen emitido en el precedente de Fallos: 333:604, al que V.E. adhirió en su sentencia del 19/5/2010, he tenido oportunidad de precisar los principios, finalidades y criterios sentados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH) y por esa Corte Suprema, líneas todas que marcan la perspectiva interpretativa adecuada a la hora de establecer los alcances concretos del CH 1980 (Ley N° 23.857).

A ellos, pues, corresponde ceñirse, dándolos aquí por reproducidos, aunque creo de interés subrayar algunos de esos conceptos, en función de las características del conflicto por el que se me corre vista:

i.- el mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención merezcan la calificación de ilícitos. Dicha cualidad ha de determinarse coordinando el tenor de la custodia conforme al derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente anterior a la ocurrencia del evento (que, en la especie, asigna su ejercicio conjunto a los progenitores casados –art. 1626 del Código Civil alemán–), con la directiva que emana del art. 5° inc. a), según la cual cualquier custodia –para ser tal en el sentido del CH 1980– debe comprender necesariamente, no sólo la prerrogativa atinente al cuidado de la persona del menor sino, y en particular, la de decidir sobre su lugar de residencia (arts. 3° inc. “a” y 13 inc. “a”).

ii.- verificada la ilegalidad del traslado o retención –que, en principio, habilita el regreso inmediato en procedimientos activados dentro del año (art. 12 primer párrafo)–, los países signatarios sólo podrán denegar el requerimiento si se configurase efectivamente alguna de las hipótesis previstas por los arts. 13 y 20, esto es: (1) retorno que comporte grave riesgo de exposición a un serio peligro físico y psíquico, o de que se coloque al niño, de cualquier otra manera, en una situación intolerable; (2) comprobación de que el propio afectado –con una edad y grado de madurez, de los que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones– se opone al regreso; y (3) principios fundamentales del Estado requerido, en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

iii.- es el supuesto captor quien debe demostrar que el otro progenitor consintió la modificación del *statu quo ante*.

iv.- idéntica carga pesa sobre él respecto de la acreditación acabada de la concurrencia de los supuestos de excepción citados en el acápite ii.

v.- no existe contradicción entre la Convención sobre los Derechos del Niño y el CH 1980. El Convenio en el que se apoya la petición de autos, respeta y complementa la debida jerarquización de bienes, con preeminencia del mejor interés del niño. Lo hace partiendo de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos. Luego, preserva el mejor interés de aquél –proclamado como *prius* jurídico por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño–, mediante el cese de la vía de hecho. La víctima debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, salvo que concurren las circunstancias eximentes reguladas en el texto convencional.

vi.- la facultad de denegar el retorno en base a la cláusula de grave riesgo, requiere que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige que se dé un panorama sumamente delicado, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente.

vii.- el art. 13.b. contempla un supuesto de excepción. Las palabras escogidas por los redactores de la norma (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o cualquier otra situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que debe evaluarse el material fáctico de la causa, para no frustrar la efectividad de la Convención.

viii.- fuera de la coyuntura a la que responde el art. 12 (segundo párrafo), la integración conseguida en el nuevo medio, no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aún cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado o retención ilícitos por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución.

ix.- el centro de vida no ha de adquirirse tras un traslado o retención ilícitos; de lo contrario, el CH 1980 devendría inaplicable, pues como lo advirtió V.E. en Fallos: 318:1269, el procedimiento "...concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido..." (consid. 14).

x.- la ley 26.061 cualifica el concepto "centro de vida" por remisión a la legalidad de la residencia. Y esa idea se ahonda en el art. 3° del Decreto reglamentario 415/2006, que reza:

"[e]l concepto de 'centro de vida' a que refiere el inciso f) del artículo 3° se interpretará de manera armónica con la definición de 'residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad".

xi.- la mera invocación genérica del beneficio del niño o del perjuicio que puede aparejar un cambio de ambiente, no basta para rehusar la restitución.

xii.- los supuestos de denegación poseen un carácter riguroso y excepcional. Por tanto, han de evaluarse restrictivamente.

xiii.- en el contexto del CH 1980, no se juzgan los méritos de la guarda, puesto que la definición sobre el fondo del asunto, es deferida a las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes de la mudanza.

xiv.- corresponde a la Corte Suprema, como cabeza de uno de los poderes del gobierno federal, aplicar –en la medida de su jurisdicción– los tratados internacionales a los que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento.

– IV –

La hermenéutica formulada permite descartar de plano la ilicitud en el traslado, pues el niño M. fue traído al país por ambos progenitores.

Ello conduce a un segundo aspecto que es el del carácter de la retención, punto que debe esclarecerse a la luz del estricto nivel de escrutinio cuyos principales lineamientos dejé sintetizados precedentemente.

Con relación a esta faceta del debate, he de recordar que –dentro de dicho esquema riguroso– la acreditación no está a cargo del progenitor desasido sino del supuesto captor, así como que la prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, suscitando un nivel de certidumbre que –a mi ver– la interesada no ha logrado establecer en autos. Digo esto porque se han agregado al expediente diversos elementos de juicio que, según estimo, no pueden tenerse por decisivos en uno u otro sentido. De tal manera, sólo se ha bosquejado un panorama ambiguo, sin demostrarse cabalmente que la Argentina constituyera el destino que de consuno fijaron las partes para vivir en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual que podría derivar de la mudanza.

En ese orden, la Guía de Buenas Prácticas de la HCCH (Segunda Parte, Medidas de aplicación, acápite 6.5.2.-) establece como regla para la apreciación de los extremos atinentes al CH 1980 que, salvo en casos excepcionales, debe darse una mayor importancia a las pruebas documentales y a las declaraciones juradas y menos relevancia a las pruebas orales. Por ende, ante la imprecisa trama que resulta de los antecedentes glosados, la prueba testimonial producida a instancias de la Sra. D. a fs. 384/385 (resp. 3^{a.} y 4^{a.}), y fs. 387/388 (resp. 2^{a.} a 4^{a.}), resulta un material subjetivo sumamente endeble para sustentar *per se* la ilación histórica de su oferente.

En tales condiciones, pienso que en autos no se configura un supuesto de “clara intención compartida” de mudarse a la República, conforme el estándar del que se hace mérito a fs. 307 y vta.

– V –

Es menester ahora revisar la tesis propugnada por la Sra. D. en torno a una noción cardinal en la estructura del CH 1980 como es la de residencia habitual. Sostiene, en síntesis, que por el solo hecho de tratarse de un niño de siete meses, su hijo no llegó a conformar dicha residencia en Alemania (v. fs. 309/310 vta.).

Creo que esa postura lleva necesariamente a aceptar que las personas de escasa edad quedan fuera del amparo de la Convención. Esta conclusión me parece del todo inadecuada, desde que introduce una cortapisa a la realización del objetivo central del CH 1980, que es desarticular –en orden a la tutela del derecho de custodia– la práctica

del traslado o retención ilegítimos, restableciendo el *statu quo ante* mediante el retorno inmediato del menor desplazado. Y esa barrera aparece extraña –y opuesta– a la norma del art. 4º, que comprende en el ámbito de aplicación *ratione personae* a los niños de cero a dieciséis años (v. el reporte explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera, esp. parág. 16 a 18, 57, 71, 76y 77).

En ese mismo plano, ubica la Sra. D. el tema del lugar de restitución, al pretender que –trasladado el padre a vivir en la ciudad de Kiel– el niño no estaría regresando a su lugar de origen. A ese respecto, la Oficina Permanente de la HCCH, tiene dicho que [e]l art. 12... no prescribe el lugar al que debe restituirse el menor. Los redactores querían que la disposición fuera lo suficientemente amplia para permitir la restitución a un Estado ajeno al de residencia habitual del menor. Sin embargo, el Preámbulo deja en claro la intención general es que la restitución se efectúe en este último Estado... Asimismo, una restitución no implica necesariamente la restitución al lugar particular del Estado en que el menor vivía previamente...” (v. www.hcch.net; INCADAT: voces “mecanismo de restitución del art. 12º”, “restitución”, “lugar de restitución” y jurisprudencia allí extractada).

En consecuencia, estimo que la exégesis propuesta por la madre tal como fue planteada, no resulta atendible.

– VI –

Por otro lado, no acreditada –como se concluyó en el punto IV– la hipótesis de que la familia vino a vivir a la Argentina, también se torna inconducente el argumento esgrimido a fs. 311, acerca del abandono del hogar con efecto reflejo sobre el ejercicio unilateral de la guarda.

En todo caso –más allá de las repercusiones que la actuación del Sr. W. a partir del día 17/1/2008, pudiere tener en el contexto de un juicio de divorcio o tenencia–, encuentro evidente que, como se encargó de aclararlo el tribunal superior de la causa, sí la madre se rehusó a retornar y retuvo “...al menor en el lugar al que se había trasladado legalmente, forzando así su cambio de residencia contra la voluntad del padre, quien ostenta igual derecho a autorizar o denegar dicho cambio, tal situación configuraría el supuesto de retención ilícita...” (fs. 558 vta.).

El razonamiento de la Sra. D. termina por instaurar la idea de que el progenitor que, en el momento de la retención, ejercía –o podía ejercer– el derecho de custodia en función de una atribución *ipso iure*, está obligado a someterse a las vías de hecho y permanecer en el país de asilo, puesto que si no lo hiciese no calificará para activar el mecanismo del CH 1980. En definitiva, desconoce la norma del art. 3 (último inciso de la letra b), en tanto contempla las diversas situaciones en las que la custodia no puede hacerse efectiva debido, precisamente, al traslado o retención del niño.

– VII –

La progenitora también se escuda en la excepción de aceptación posterior del requirente.

Sobre este particular, en el marco de la carga probatoria que –según se dijo en los puntos III y IV– diseña el CH 1980, estimo que no puede tenerse por satisfecha la acreditación rigurosa –insisto, a cargo de la emplazada– de dicha anuencia.

Entonces, dado que la autorización sobreviviente –aunque puede verificarse tácitamente– debe ser inequívoca, interpreto que no estamos habilitados para derivar de las constancias de fs. 223/283 una conclusión de tanta trascendencia como es la existencia del consentimiento paterno, sobre todo si se advierte que, al emitirse el *mail* de fs. 258 estaba un curso el procedimiento de restitución no desistido.

– VIII –

En lo que concierne al eventual riesgo, en el punto III dejé sintéticamente expuestos los cánones establecidos por V.E., en orden a la exégesis y aplicación del extremo excepcional del art. 13, inc. b). Como lo expresé en el dictamen publicado en Fallos: 333:604, dichos parámetros se alinean con el propósito de la HCCH, que aprehende las posibles situaciones de peligro con la especificidad propia del Convenio, y lo demuestra con una estricta selección de la terminología empleada, de la que –por ejemplo– se excluyeron los perjuicios de tipo económico o educativo.

Esa tarea reclama ante todo, por la índole de las defensas opuestas por la Sra. D., tener presente que aquí ni siquiera se juzga sobre los méritos de la guarda ni, mucho menos, se persigue alterarla, de modo

que –en este estado– no existen óbices jurídicos para que M. regrese y siga viviendo en compañía de su progenitora.

Lo dicho nos obliga a examinar la negativa de la demandada a volver con su hijo a Alemania, como un capítulo vinculado al riesgo del niño. Y para ello, es necesario tener presente, nuevamente, el enfoque riguroso con que debe afrontarse el examen de cualesquiera de las excepciones posibles, pues admitir una desactivación automática del mecanismo restitutorio por la mera oposición de la madre a retornar al país requirente, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la comunidad de naciones, a merced de la voluntad unilateral de la parte demandada.

El criterio valorativo ha de ser –insisto– minucioso, según la mirada predominante que, entre los países signatarios, registra la HCCH (v. INCADAT, Análisis de Jurisprudencia [voz “Excepciones a la restitución”, acápite “Grave riesgo de daño”, apartado “Sustracciones por la persona que ejerce el cuidado primordial del menor”, con vasta cita de fallos]).

En esa línea, observo que la Sra. D. no ha invocado siquiera –y por ende, no ha probado– hallarse inhabilitada para reingresar a Alemania, ni ha demostrado la imposibilidad de vivir con su hijo de esa nacionalidad, en ese país que –a contrario de los supuestos escollos enumerados a fs. 317 vta., último párrafo– los albergó antaño por elección propia, y donde la interesada habría desarrollado actividades académicas y laborales y recibido auxilio financiero estatal (v. fs. 69 vta., 382 resp. quinta y fs. 390/392).

Por otra parte, en cuanto al factor económico (más allá del peso discutible que esa variable puede tener en el esquema convencional; v. esp. reporte Pérez-Vera –parág. 116 y su nota–; Documentos de Trabajo N° 41 y N° 42, pág. 302; v. asimismo INCADAT, Análisis de Jurisprudencia [voz “Excepciones a la restitución”, acápite “Grave riesgo de daño”, apartado “Factores económicos” y cita de fallos allí contenida]), en nuestro caso ni siquiera se intentó acreditar la concurrencia de la falta sustancial de recursos alegada a fs. 317 vta., como así que éstos sean inasequibles, con probabilidad cierta de sumir a M. en situaciones extremas.

Como se ve, nada se ha agregado a la causa que permita tener por configurada, a partir de esa negativa infundada, la excepción del

art. 13, inc. b), con los contornos rigurosos que emanan de la doctrina de esa Corte.

Así las cosas, cabe volver aquí sobre el estándar elaborado por V.E. en cuanto a que la facultad de denegar el retorno en base a la cláusula de grave riesgo, requiere que el niño presente una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres (v. punto III); situación extrema que, por cierto, no puede inferirse de la recomendación genérica efectuada en el informe ambiental glosado a fs. 410.

Apreciadas esas deficiencias probatorias, juntamente con las circunstancias que se valorarán seguidamente, entiendo que los jueces argentinos no cuentan con elementos para rehusar la restitución, en base a lo dispuesto por el art. 13.

– IX –

Queda, pues, por evaluar en el ámbito del art. 13 inc. b), la posible existencia de violencia y sus repercusiones dentro del particular procedimiento que nos ocupa.

Esta Procuración ya ha dejado sentada su firme opinión acerca del modelo de abordaje específico que la complejidad de la violencia familiar reclama, y ha llamado la atención sobre la responsabilidad internacional que, también en esa esfera, compromete al Estado argentino (ley N° 26.485; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada mediante la ley N° 23.179; Recomendación General de las Naciones Unidas [Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer - CEDAW] N° 19, esp. puntos 6, 19, 23, 24 incs. “b”, “i”, “k”, “l” y “r” acáp. “v”; y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, aprobada mediante la ley N° 24.632; v. dictamen emitido *in re* S.C. G. N° 2125; L. XLII, al que V.E. adhirió en su sentencia de fecha 26/10/2010).

Las cuestiones planteadas en torno a dicha materia son indudablemente delicadas, máxime cuando confluyen con estas otras, que también tocan aspectos profundos de la condición humana.

No obstante, en el contexto de las pautas interpretativas aludidas en los puntos III y IV, no advierto que en este caso –donde hubo una

amplia oportunidad de debate y prueba— se encuentre acreditada la configuración de un proceso de violencia familiar en sentido técnico, con las notas de ocultamiento, continuidad, escalada y recurrencia cíclica que lo caracterizan, y que no siempre están presentes en incidentes aislados de desborde emocional o incluso físico, como los que admite el Sr. W.

Así las cosas, el problema de las aptitudes del Sr. W. para desempeñar el rol paterno resultan extrañas a estas actuaciones y deberán ventilarse en el litigio de tenencia que se entable ante los jueces alemanes, ante quienes la Sra. D. —que no está obligada a reingresar al domicilio de su cónyuge— podrá solicitar las medidas cautelares que estime corresponder.

– X –

Por último, no advierto presente en la especie la tensión que se sugiere a fs. 324. A la inversa, como esta Procuración ha venido remarcando (v. dictámenes publicados en Fallos: 328:4511 y 333:604 —a los que V.E. remitió— y opinión expuesta *in re* S.C. G. N° 256 L XLVI), los Estados Partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores; y, salvo circunstancias singulares no demostradas en autos, no deberían abdicar de la obligación contraída ante la comunidad mundial, al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores.

En consecuencia, dado que la oponente no ha logrado desvirtuar la presunción referida en el punto III (v), y haciendo aplicación de las restantes premisas expuestas en ese mismo punto, opino que V.E. debe hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto. En ese sentido, cabe reiterar el concepto expresado en Fallos: 333:604 en el sentido de que “...los Estados signatarios han calibrado la incidencia del mejor interés del niño en el ámbito específico del CH 1980, y se han decantado por el procedimiento de restitución como una herramienta del todo coherente con la defensa de ese interés, en la emergencia de una sustracción internacional. Ese reconocimiento —que da un contenido preciso al concepto genérico “interés del menor”—, obliga a refinar exhaustivamente cualquier impedimento a la consecución de sus objetivos. Y puesto que esas aspiraciones son coincidentes, repito una vez más, con los de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. esp. art. 11), integrante del llamado bloque de constitucionalidad de la República, no encuentro en

nuestro ordenamiento, ningún imperativo que, en este caso concreto, obste a la restitución...”.

Dejo así evacuada la vista conferida. Buenos Aires, 14 de julio de 2011. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor”.

Considerando:

1º) Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse, por razones de brevedad.

2º) Que teniendo en mira el interés superior del niño –que debe primar en este tipo de procesos– y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980), corresponde exhortar a los padres de M. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva.

3º) Que sin perjuicio de coincidir con los criterios expresados por la señora Procuradora Fiscal en el punto VIII de su dictamen respecto de la negativa infundada de la progenitora a retornar con su hijo a Alemania, corresponde agregar que sobre la base de la obligación de colaborar que pesa sobre las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido en virtud del art. 7º del CH 1980, la Guía de Buenas Prácticas del citado convenio, Primera Parte –Práctica de las Autoridades Centrales–, al tratar el procedimiento a continuación de la decisión de retorno, señala que dichos organismos deberían cooperar lo más estrechamente posible para aportar información sobre la asistencia jurídica, financiera y social, así como todo mecanismo de

protección existente en el Estado requirente, y facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos en los casos apropiados, asegurándose de que esas medidas sean aplicadas tras la restitución del menor (puntos 3.18 y 3.20, págs. 42/43).

Asimismo, establece que ambas autoridades centrales deben colaborar para garantizar que el padre sustractor que desea volver con el menor sea informado de los servicios de asistencia existentes en el Estado requirente, incluso cuando la restitución no plantea ningún problema de seguridad (punto 4.24, pág. 61).

4º) Que sobre la base de lo expresado precedentemente y a los efectos de que las dificultades que pudiese generar el retorno de la progenitora con el menor no obstaculicen el cumplimiento de esta sentencia ni originen mayor conflictividad que la que de por sí podría provocar el hecho de tener que regresar a un país en el que aquélla manifiesta no haber podido adaptarse (conf. fs. 294 vta. de la contestación de demanda), corresponde hacer saber al señor juez a cargo de la causa que, al momento de efectuar la ejecución del presente fallo, proceda a realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos, permitiéndole para ello adoptar las medidas que estime conducentes, ponderando la realidad y circunstancias en que se desarrollan las relaciones entre las partes para concretar las pautas de restitución, como así también evaluar los requerimientos que se le formulen en tanto respeten la decisión adoptada y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento (ver Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, punto 6.3, pág. 79 y Segunda Parte, punto 6.7, pág. 41).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se hace lugar a la demanda de restitución. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Esta Corte exhorta a los padres del menor y al juez que interviene en la causa en la forma indicada en este pronunciamiento. Notifíquese, devuélvase y comuníquese con copia a la Autoridad Central Argentina.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **D. W.**, representado por el **Dr. Fabián Altamirano**.

Traslado contestado por **S. D. D. W.**, representada por el **Dr. Marcos Orlando Aquiles** y patrocinada por el **Dr. Juan M. Mocoroa**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba (Sala Civil y Comercial)**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Río Tercero, Provincia de Córdoba**.

ACUMAR s/ URBANIZACIÓN DE VILLAS Y ASENTAMIENTOS PRECARIOS, LEGAJO DE ACTUACIONES OCUPACIÓN DE PREDIO SITO EN LAS CALLES LAFUENTE, CASTAÑARES Y PORTELA, VILLA SOLDATI., CABA s/ ACTUACIONES ELEVADAS POR EL JUZGADO FEDERAL DE QUILMES

CONFLICTO DE COMPETENCIA.

Si se verificó una situación de extrema gravedad pues el juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha creado *ex nihilo* el título para fundar su competencia e irrumpir en la jurisdicción correspondiente al Juzgado Federal de Quilmes, ya que la Corte había definido con precisión que en lo concerniente al proceso de relocalización de viviendas que se encuentran ubicadas en la zona ribereña de la cuenca Matanza Riachuelo resultaba competente dicho juzgado federal, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por el juzgado local, ya que las autoridades de una provincia –entre las que se encuentran los jueces locales– no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los magistrados que forman parte del Poder Judicial de la Nación.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

A fs. 22/22 vta, V.E. resolvió “suspender el trámite del proceso radicado ante el Juzgado en lo Contencioso y Administrativo y Tributario N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, caratulado “Boggiano, Luisa Carmen c/GCABA s/medida cautelar” (N° 40.758/01) y de toda otra actuación originada o vinculada con aquella causa, así como la ejecución de las resoluciones que se hubieren dictado en esas actuaciones”, a la vez que solicitó a dicho tribunal la remisión del expediente

principal. Ello, en la inteligencia de que la decisión de carácter cautelar dictada por el magistrado local en esas actuaciones podría, *prima facie*, estar interfiriendo en la competencia atribuida por esa Corte al juzgado federal de Quilmes en el pronunciamiento definitivo dictado el 8 de julio de 2008 en la causa M.1569 XL “Mendoza, Beatriz y otros c/Estado Nacional s/daños y perjuicios”.

Habida cuenta de que –como es de público conocimiento– el día 30 de mayo del corriente se ha concretado el desalojo del predio delimitado por las calles Lafuente, Castañares y Portela de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estimo que la cuestión aquí planteada ha devenido abstracta (Fallos: 329:297; 313:584; 301:947), razón por la cual resulta inoficioso un pronunciamiento de V.E. al respecto (Fallos: 311:1042; 322:2953; 324:1775). Buenos Aires, 23 de junio de 2011. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que los antecedentes del caso han sido suficientemente relacionados por el Tribunal en la resolución cautelar del pasado 13 de abril (fs. 22 vta.), a cuyo relato cabe remitir por razones de brevedad.

2º) Que como surge del pronunciamiento dictado el 27 de junio de 2011 por el Juzgado Federal de Quilmes en el Legajo 01/25 “Ocupación de predio sito en las calles Lafuente, Castañares y Portela – Villa Soldati – C.A.B.A.” (copia de fs. 28/32), el pasado 30 de mayo fue íntegramente cumplida la orden de desalojo librada el 9 de marzo respecto del inmueble mencionado. Esta circunstancia, como lo señala el dictamen del Procurador General de la Nación, lleva a que no subsista el conflicto de competencia que dio lugar a la intervención de este Tribunal requerida por el juzgado federal a fs. 17/18.

3º) Que no obstante, frente a cuestiones de esta naturaleza en que era ostensible la ausencia de jurisdicción de uno de los tribunales por

haber creado *ex nihilo* el título para fundar su competencia e irrumpir en la ajena, esta Corte no se limitó a verificar dicha circunstancia para declarar inoficiosa toda decisión, pues declaró la nulidad de todo lo actuado a fin de extinguir un proceso que carecía de validez desde su promoción misma y, de este modo, desmanteló toda posible consecuencia que pretenda derivarse de esas actuaciones judiciales deformadas (Fallos: 322:2247; 326:2298; 327:3515; causa Competencia N° 905.XLVI “Piedrabuena, Pedro Ignacio y otros s/ plantea cuestión”, sentencia de fecha 31 de mayo de 2011).

4°) Que una situación de extrema gravedad es la que se verifica en el *sub lite*, pues el juez del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha creado *ex nihilo* el título para fundar su competencia e irrumpir en la jurisdicción correspondiente al Juzgado Federal de Quilmes, ya que frente a un conflicto de índole semejante suscitado entre los mismos tribunales, esta Corte había definido con precisión que en lo concerniente al proceso de relocalización de viviendas –que se encuentran ubicadas en la zona ribereña de la cuenca Matanza Riachuelo– que tiene su origen en el trámite de ejecución de la sentencia dictada por esta Corte en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia”, resultaba competente el juzgado federal mencionado, con arreglo a lo decidido por el Tribunal en los pronunciamientos de Fallos: 331:1622 y 332:2522 (Competencia N° 546. XLVI “Pajares de Olivera, María y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo – art. 14 CCABA”, fallada el 2 de noviembre de 2010).

5°) Que en orden a los fundamentos que sostienen la atribución con que cuenta esta Corte para corregir estas actuaciones litigiosas deformadas, es indiferente la condición del órgano judicial [federal o local], pues es doctrina de este Tribunal que las autoridades de una provincia, [entre las que se encuentran los jueces locales], no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los magistrados que forman parte del Poder Judicial de la Nación (conf. causa “Ponce”, Fallos: 328:175, y sus citas).

Por ello y oído el señor Procurador General de la Nación, se declara la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la causa “Boggiano, Luisa Carmen c/ GCABA s/ medida cautelar” (N° 40.758/01). Agréguese copia de este pronunciamiento a dicho expediente y procé-

dase a su devolución al juzgado de origen, a fin de disponer su archivo. Hágase saber al Juzgado Federal de Quilmes. Cumplido, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

ANDREU, EDUARDO ALBERTO c/ INTEGRA CONSULTORA
Y SERVICIOS S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

TASA DE JUSTICIA.

Si el actor completó voluntariamente el pago de la tasa de justicia, y si bien lo hizo en forma extemporánea, ello ocurrió con carácter previo a que se produjera una intimación del *a quo* o el pedido de desglose de la contraparte, el pronunciamiento del superior tribunal provincial aparece como autocontradictorio y excesivamente rigorista ya que, no obstante destacar que más allá de la finalidad fiscal la reforma operada en el Código Fiscal tuvo en miras evitar dilaciones procedimentales a través de la mera interposición de recursos, incidentes, etc., soslayó absolutamente que la presentación del apelante, por sus características, no podía entenderse como orientada a demorar o prorrogar injustificadamente el curso del proceso, de manera que la aplicación mecánica del precepto (art. 302 del Código Fiscal de la Provincia de Mendoza), que significó restringir el acceso a una instancia superior de la revisión judicial, siquiera respondió al fin que, según el propio tribunal, persiguió el legislador local al dictar la normativa examinada (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

—La Corte, por mayoría, desestimó el recurso de hecho al considerar inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 C.P.C.N.)—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

En lo que ahora interesa, en su resolución de fs. 518/520, con su aclaratoria de fs. 526 —todas de los autos principales, a cuya foliatura me

referiré en adelante—, la 4° Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza ordenó el desglose del escrito de apelación de la actora —dirigido contra la sentencia de la instancia anterior, obrante a fs. 492/495 vta.— y, en consecuencia, tuvo a éste por no presentado.

Consideró que el demandado había interpuesto ese recurso de apelación el 7 de septiembre de 2007, y que el decreto por el cual se lo proveyó (fs. 501) había quedado firme el 19 de septiembre. Añadió que el plazo de 30 días hábiles judiciales para el pago de la tasa de justicia local (conf. art. 302 del Código Fiscal de la Provincia de Mendoza, vigente para el año 2007, texto al que me remitiré en lo sucesivo) debe computarse desde el momento de la interposición del recurso de apelación y no desde que el tribunal ordena integrar la tasa.

Agregó que dicha parte completó el ingreso del tributo el 9 de noviembre de 2007, es decir una vez vencido ese plazo perentorio, circunstancia acaecida el 22 de octubre anterior.

Sostuvo que, de acuerdo con los arts. 299 y 302 del código citado, sin el pago íntegro de la mencionada tasa de justicia no es posible dar trámite a presentación alguna, ya que su abono es un inexcusable requisito de admisibilidad. En su criterio, no se advertía en la especie un exceso de rigor formal, puesto que hubo un plazo prudencial para llevar a cabo el trámite, sin que se hubiese alegado imposibilidad de cumplirlo.

En consecuencia, y no obstante tener presente que el pago finalmente se completó en su totalidad, hizo lugar al recurso de reposición interpuesto por la actora a fs. 508/510 y, por contrario imperio, revocó el decreto de fs. 507 por el cual se había ordenado al apelante que expresara sus agravios.

– II –

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, a fs. 626/630 resolvió el recurso de inconstitucionalidad local planteado y confirmó lo decidido por la instancia anterior.

Entendió que no había razones para apartarse de aquellos precedentes suyos en los que había ratificado tanto la constitucionalidad como la recta interpretación del art. 302 del Código Fiscal, cuyos plazos

han de computarse de manera automática, ya que su interpretación gramatical no deja resquicio para otra solución.

Sostuvo que luego del pago glosado a fs. 499 transcurrieron más de 30 días sin que él fuera complementado. En sintonía con la instancia anterior, expresó que no hubo un exceso de rigor formal, puesto que el recurrente no expuso razones que le hubiesen llevado a un error de cálculo tan manifiesto entre el pago realizado el 7 de septiembre de 2007 (\$ 80) y su complementario de fs. 504/505 (\$ 3.570), ni solicitó oportunamente su eximición –única circunstancia que hubiera permitido dar traslado a la Dirección General de Rentas, tal como lo exigía dicha parte–.

Por otro lado, tampoco invocó estar sumido en un estado de pobreza, o bien que el monto resultase confiscatorio, o bien desproporcionado con relación a los valores económicos en juego, o de una magnitud tal que le imposibilitara el acceso a la segunda instancia.

Con remisión a otros precedentes, destacó que la intención del legislador trasuntada en el art. 302 del Código Fiscal fue evitar las dilaciones procedimentales a través de la mera interposición de recursos, incidentes, etc., sin el pago del correspondiente tributo y que, por respeto del derecho de defensa, se otorga un plazo de gracia de 30 días hábiles judiciales para abonar o para acreditar el inicio del trámite del art. 305, inc. d), de dicho cuerpo legal.

– III –

A fs. 635/650 obra el recurso extraordinario de la demandada, el que al haber sido rechazado a fs. 675/676, dio origen a esta presentación directa.

Destaca que los tribunales intervinientes han tenido una actitud dubitativa respecto del tributo en cuestión, toda vez que el pago realizado el 7 de septiembre de 2007 no fue observado por el juez de grado, quien elevó las actuaciones a la Cámara local, mientras que ésta, por su parte, el 19 de septiembre ordenó completar lo abonado, por lo que deviene incoherente que luego resolviera desglosar su recurso.

Aduce que el órgano competente para dirimir la correcta cancelación de la gabela es la Dirección General de Rentas y que, en su caso, tras

la articulación de la pertinente acción procesal administrativa, sería la Suprema Corte local quien tendría competencia para resolver sobre el asunto, demostrándose así la impertinencia de la decisión tomada por la cámara local.

Dice que la resolución cuestionada padece severos defectos en su fundamentación, y que el proceso se ha convertido en una suerte de trampa impeditiva del adecuado ejercicio de su derecho de defensa en juicio al eliminar la posibilidad de que expresara sus agravios contra la sentencia de fondo, la que por ello deviene firme.

Esgrime que hubo un inusitado rigor formal, habida cuenta de que, en definitiva, el gravamen fue debidamente pagado, quedando la sustancia del asunto dominada por las cuestiones formales.

En definitiva, arguye que la mecánica aplicación del art. 302 del código fiscal afecta sus derechos constitucionales de propiedad, a la defensa en juicio, a la razonabilidad de las decisiones judiciales y al acceso a una segunda instancia de revisión (arts. 17, 18, 28 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, en este último caso por remisión al art. 14, punto 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 8, punto 2, h, de la Convención Americana de Derechos Humanos, allí constitucionalizados).

– IV –

A mi modo de ver, el recurso extraordinario interpuesto resultaba formalmente admisible, pues aun cuando, en principio, la resolución de temas procesales y de derecho público local está reservada a los jueces de la causa (arg. Fallos: 275:133), en virtud del debido respeto a las facultades de las provincias para darse sus propias instituciones y regirse por ellas (art. 5º, Constitución Nacional), esta regla admite excepciones si, como ocurre en el *sub lite*, se afecta la garantía de la defensa en juicio (conf. Fallos: 317:387).

En cuanto al requisito de que el pronunciamiento revista el carácter de sentencia definitiva, entendiendo por tal la que pone fin al pleito o hace imposible su continuación y aquella que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, considero que se da en el caso, porque la resolución apelada, en rigor de verdad, clausura toda posibilidad de prosecución de la causa al dejar firme la sentencia de fs. 492/495 vta. (arg. Fallos: 323:1919 y sus citas).

– V –

El art. 302 del Código Fiscal local vigente durante el ejercicio 2007 disponía: “No podrá darse trámite a ninguna presentación ante los organismos judiciales de la Provincia, sin el pago de la tasa de justicia en las oportunidades establecidas en el artículo 299°.

“En caso de incumplimiento, el Tribunal no dará trámite al proceso hasta tanto sea satisfecha la obligación tributaria. Pasados treinta (30) días hábiles judiciales sin acreditar el pago total de la tasa de justicia o el inicio del trámite mencionado en el artículo 305° inc. d) se procederá al desglose de la presentación realizada teniéndola como si nunca hubiese sido presentada. Cuando la referida tasa deba abonarse total o parcialmente con posterioridad al comienzo del proceso, la resolución judicial correspondiente deberá disponer el pago del tributo como requisito previo para el cumplimiento de sus disposiciones.

“El Secretario, juez o presidente del tribunal que dieran curso a las actuaciones sin que se hubiere cumplido el pago de la tasa de justicia, o no incluyeren en su decisión la exigencia mencionada, según corresponda, serán solidariamente responsables, en su caso del pago del tributo omitido y de la multa que prevé el artículo siguiente”.

Observo que la sentencia recurrida, tras señalar que la interpretación gramatical de la norma no deja resquicios para su inteligencia, ha hecho una aplicación literal de lo allí dispuesto, motivo por el que estimo que las tachas endilgadas a la decisión son plenamente trasladables a la norma local, tal como lo afirma la demandada en su recurso.

Coincido con el tribunal apelado en cuanto a que no correspondía dar intervención en el trámite a la Dirección General de Rentas, toda vez que no se trataba de un caso comprendido en el art. 305, inc. d, del citado cuerpo normativo; y también en que había transcurrido el plazo de 30 días hábiles judiciales desde la interposición del recurso de apelación, previsto en el inc. e) del art. 299, para los hechos imponderables establecidos en el inc. f) del art. 298 de dicho código.

Por lo tanto, frente a dichas circunstancias, el mero acaecimiento del lapso indicado sin que se haya oblado la gabela en su integridad, sin más, comporta como inexorable derivación legal que se deba pro-

ceder al desglose de la presentación, teniendo a ésta “como si nunca hubiese sido presentada”.

Así planteadas las cosas, estimo que corresponde a V.E. decidir aquí si tal consecuencia normativa establecida en el art. 302 del Código Fiscal resulta compatible con el derecho de defensa en juicio, reconocido por la Constitución Nacional por su art. 18, como correlato de lo proclamado en su preámbulo en cuanto a “afianzar la justicia” como imperativo constitucional (Fallos: 319:371).

– VI –

Ha sostenido el Tribunal que la garantía constitucional de la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener una sentencia útil relativa los derechos de los litigantes, por lo que impedir ese derecho frustra aquella garantía, reconocida por el citado art. 18 de la Carta Magna y por diversos tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el país (arg. Fallos: 326:417).

En esta línea, ha señalado también que los dispositivos procesales no pueden prevalecer sobre la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento se vea turbado por un excesivo rigor formal –aunque éste no provenga tanto de la interpretación de los jueces sino del puro texto legal–, incompatible con un adecuado servicio de justicia y las reglas del debido proceso; máxime cuando reconoce base constitucional la necesidad de acordar primacía a la primera, de modo de impedir su ocultamiento ritual (arg. Fallos: 326:1395 y 4681; 327:315; 328:2944 y 4277).

De manera similar se ha reconocido la importancia que tiene el cumplimiento de las normas que regulan los procesos –entre ellas las que establecen tasas por la actuación de los tribunales– para el buen desarrollo de los expedientes judiciales, aunque también es preciso señalarlo, cuando mediante su aplicación se las desnaturaliza o se las sobredimensiona por encima de su razón de ser, estos imprescindibles preceptos terminan por convertirse en una suerte de trampas o valedares frustratorios del derecho constitucional del debido proceso (arg. Fallos: 327:608 y 4629).

Según mi modo de ver, el referido art. 302 del Código Fiscal provincial no resulta compatible con una adecuada regulación de la mentada

garantía constitucional, puesto que su aplicación lisa y llanamente conlleva, en este caso, a su completo cercenamiento.

Es cierto que el Tribunal ha afirmado reiteradamente que la exigencia de depósitos previstos como requisito de viabilidad de los recursos de apelación no es contraria a los derechos de igualdad o de defensa en juicio, y que cabe admitir la posibilidad de atenuar su rigorismo formal ante ciertas y determinadas circunstancias a fin de evitar que el pago previo se traduzca en un menoscabo de tales garantías (ver Fallos: 328:2938, entre muchos otros). También es verdad que, en el especial caso de la tasa de justicia, ha dicho –con rotundidad– que no puede decirse que su exigencia desconozca la inviolabilidad de la defensa en juicio, pero no es menos cierto que lo ha afirmado en casos que –a diferencia del presente, como ocurre con la ley nacional 23.898, art. 11– su pago no obsta a la posibilidad de acceder a la jurisdicción, toda vez que la falta de ingreso del gravamen no impedía la prosecución del trámite normal del juicio (Fallos: 321:1888, considerando 12), sin perjuicio de que ante la falta de ingreso por el contribuyente se instase el apremio por la vía pertinente.

Estimo, por ello, que como el acceso a la justicia es uno de aquellos derechos que resultan operativos e irrestrictos en su ejercicio, un condicionamiento de tal magnitud al trámite judicial como el contenido en la norma local cuestionada, vinculado con el inexorable pago de la tasa de justicia con carácter previo, dentro de un lapso temporal circunscripto y fatal, y con tan gravosa e irreversible consecuencia, no sólo resulta violatorio de lo establecido en los arts. 5° y 31 de la Constitución Nacional, sino que tampoco parece compadecerse con la naturaleza propia de la garantía constitucional afectada.

Además, considero que los fundamentos esgrimidos en la sentencia en apoyo de la solución dada por el legislador local (aligerar la tarea tribunalicia, impedir la tramitación de apelaciones, incidentes y recursos meramente dilatorios, etc.) no guarda una adecuada proporcionalidad de medio a fin, en cuanto, en la especie, se deriva en la pérdida definitiva del derecho a transcurrir a las instancias ordinarias de revisión judicial, sin que siquiera se haya alegado que la demandada alentaba tales finalidades espurias.

Lo hasta aquí indicado es suficiente, desde mi óptica, para declarar la inconstitucionalidad del citado art. 302 del código fiscal local y re-

vocar, en consecuencia, la decisión apelada, sin necesidad de entrar en el estudio de los restantes agravios traídos por la recurrente, máxime cuando, como lo ha dicho ese Tribunal, una transgresión a la garantía constitucional de la defensa en juicio de tal entidad que afecte la validez misma del proceso debe ser atendida y resuelta con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiese planteado (arg. Fallos: 325:157).

– VII –

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, hacer lugar al recurso extraordinario, dejar sin efecto el fallo impugnado y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que, por donde corresponda, dicte uno nuevo ajustado a derecho. Buenos Aires, 24 de noviembre de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Andreu, Eduardo Alberto c/ Integra Consultora y Servicios S.A.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, es inadmisibile (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se desestima el recurso de hecho planteado. Declárase perdido el depósito de fs. 679. Notifíquese y, oportunamente, archívese, previa devolución de los autos principales.

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

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que según resulta de las constancias de la causa, el 7 de septiembre de 2007 Integra Consultora y Servicios SA interpuso recurso de apelación contra la sentencia del titular del Cuarto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas que la había condenado al pago de \$ 730.000. En esa misma fecha, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 302 del Código Fiscal de la provincia, acompañó boleta de depósito de la tasa de justicia, por la suma de \$ 80. Dicho recurso fue concedido por el magistrado de primera instancia y, ya radicadas las actuaciones ante la cámara, la apelante se presentó el 9 de noviembre de 2007 y completó el pago del tributo. A tales efectos, adjuntó boleta de depósito por \$ 3.570.

2º) Que la 4º Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, a raíz de lo solicitado por la actora el 12 de noviembre de 2007, ordenó el desglose del recurso de apelación por considerar que el pago no había sido satisfecho en el tiempo y la forma prevista en el artículo 302 del Código Fiscal (confr. fs. 518/520 de los autos principales). Para decidir de esa forma el tribunal consideró que, según lo dispuesto en ese cuerpo normativo, en los casos de interposición de recursos de apelación correspondía pagar la tasa de justicia al momento en que el planteo se deducía y que si, en los treinta días hábiles judiciales posteriores a esa fecha, no se cumplía con la obligación fiscal correspondía el desglose del recurso. Agregó que ese plazo era perentorio por lo que al haber la demandada completado la tasa luego de transcurridos treinta días hábiles judiciales desde la apelación debía disponerse el desglose del escrito.

3º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza rechazó el recurso extraordinario de inconstitucionalidad que la demandada interpuso contra ese pronunciamiento. A esos efectos destacó que era aplicable al caso la jurisprudencia del tribunal que había admitido la constitucionalidad del artículo 302 del Código Fiscal, la que no había sido puesta en tela de juicio por la recurrente. Agregó que no se verificaba en el caso la existencia de una trampa procesal –como

afirmaba la demandada— y tampoco podía sostenerse que el *a quo* hubiese incurrido en un exceso ritual en la interpretación del precepto examinado. Finalmente señaló que tampoco se había alegado un estado de pobreza o la confiscatoriedad del monto a depositar, circunstancias que hubieran podido justificar la adopción de un temperamento distinto al seguido por el *a quo*.

4º) Que contra esta decisión Integra Consultora y Servicios S.A. interpuso recurso extraordinario de apelación (fs. 635/650 de los autos principales), que fue contestado por su contraria (fs. 659/668 vta.) y cuya denegación dio origen a la presente queja.

5º) Que los agravios del apelante suscitan el examen de cuestión federal bastante para habilitar la vía intentada, pues aun cuando remiten al análisis de temas de hecho, prueba y de derecho local, materia propia de los jueces de la causa y ajena —como regla y por su naturaleza— al remedio del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicha doctrina en supuestos en los que, como en el caso, con menoscabo del derecho de defensa en juicio y del debido proceso, la sentencia no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa y se presenta como una decisión teñida de un excesivo rigor formal, incompatible con un adecuado servicio de justicia, particularmente por las consecuencias que trae aparejadas para el demandado (confr. Fallos: 311:49; 314:1862; 316:2761; 317:1662, 1759; 321:510, entre muchos otros).

6º) Que a los efectos de dilucidar la cuestión planteada en el *sub examine* es menester señalar que, al momento de producirse las actuaciones procesales aquí examinadas, en el artículo 302 del Código Fiscal de la Provincia de Mendoza se establecía que “...*No podrá darse trámite a ninguna presentación ante los organismos judiciales de la Provincia, sin el pago de la tasa de justicia en las oportunidades establecidas en el artículo 299.*”

En caso de incumplimiento, el Tribunal no dará trámite al proceso hasta tanto sea satisfecha la obligación tributaria. Pasados treinta (30) días hábiles judiciales sin acreditar el pago total de la tasa de justicia... se procederá al desglose de la presentación realizada teniéndola como si nunca hubiese sido presentada. Cuando la referida tasa deba abonarse total o parcialmente con posterioridad al comienzo del proceso, la resolución judicial correspondiente deberá disponer el pago del tributo como requisito previo para el cumplimiento de sus disposiciones.

El Secretario, juez o presidente del tribunal que dieron curso a las actuaciones sin que se hubiere cumplido el pago de la tasa de justicia, o no incluyeren en su decisión la exigencia mencionada, según corresponda, serán solidariamente responsables, en su caso del pago del tributo omitido y de la multa que prevé el artículo siguiente...”

7º) Que ha sostenido este Tribunal que si bien debe ser reconocida la trascendencia de las técnicas y principios tendientes a la organización y desarrollo del proceso, no por ello cabe legitimar que dichas formas procesales sean utilizadas con prescindencia de la finalidad que las inspira y con el olvido de la verdad jurídica (Fallos: 330:4226). Por ello, no corresponde restringir el acceso a instancias superiores de revisión de decisiones judiciales so color de interpretaciones dogmáticas y de excesivo rigorismo formal respecto de la admisibilidad de los recursos locales –ya sea mediante la obligatoriedad del pago previo de tasas, de los montos de condena, la imposición de depósitos previos, el establecimiento de montos mínimos para recurrir u otros requerimientos económicos de cualquier índole– en la medida que condicionen, restrinjan o limiten el acceso a la jurisdicción (Fallos: 326:2380).

8º) Que en el caso en examen se advierte que el actor completó voluntariamente el pago de la tasa, y si bien lo hizo en forma extemporánea, ello ocurrió con carácter previo a que se produjera una intimación del *a quo* o el pedido de desglose de la contraparte. Frente a esta circunstancia, el pronunciamiento de la máxima instancia jurisdiccional local aparece como autocontradictorio y excesivamente rigorista ya que el *a quo*, no obstante destacar, con cita de sus precedentes, que más allá de la finalidad fiscal “...la reforma operada en el Código Fiscal ha tenido en miras ‘evitar dilaciones procedimentales a través de la mera interposición de recursos, incidentes, etc...’” (confr. fs. 628 vta.), soslayó absolutamente que la presentación del apelante, por sus características, no podía entenderse como orientada a demorar o prorrogar injustificadamente el curso del proceso. De manera que la aplicación mecánica del precepto al caso, que significó restringir el acceso a una instancia superior de la revisión judicial, siquiera respondió al fin que, según el propio tribunal, persiguió el legislador local al dictar la normativa examinada.

9º) Que, por otra parte, el *a quo* también ignoró al dictar su pronunciamiento que, al momento en que se ordenó el desglose, no existían razones de índole fiscal que justificaran esa decisión pues la tasa

había sido abonada en forma completa, sin que se hubiera realizado observación alguna respecto del monto oblado en tal concepto.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, según corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expuesto. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 679 del recurso de hecho. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

Recurso de hecho interpuesto por **la demandada, Integra Consultora y Servicios S.A.**, representada por los **Dres. Richard Eduardo Aguiriano, en calidad de apoderado, y Angel Julio Figueredo.**

Tribunal de origen: **Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza.**

ARGENCARD S.A. c/ ENTRE RÍOS, PROVINCIA DE Y OTRO
S/ DEMANDA DE REPETICIÓN

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS.

Cabe hacer lugar a la demanda deducida contra la Provincia de Entre Ríos a fin de que se declare la procedencia del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral con relación a la deuda tributaria por impuesto sobre los ingresos brutos determinada por la Dirección General de Rentas local, y como consecuencia de ello, la inconstitucionalidad del rechazo de su aplicación efectuado por la demandada, y ordenar la devolución de los montos ingresados por la empresa en dicho concepto, pues el Estado provincial ha incumplido con las prescripciones del protocolo, y de ese modo con la obligación asumida en el régimen de coparticipación federal de impuestos (ley 23.548, artículo 9º, inc. d), ya que si la provincia hubiera realizado los pasos necesarios para la aplicación de aquél, esto es la notificación prevista en el punto 2 del artículo 1º, el actor, aun en el caso en que su reclamo hubiese sido desestimado vía conformidad del fisco ajeno como por hipótesis plantea la demandada, no habría debido pagar en efectivo como lo hizo, sino mediante los

documentos de crédito que prevé al efecto el artículo 2° del PACM, esto es un sistema de compensación.

–En igual sentido A 697 XXXIX “Argencard S.A c/ Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa”, sentencia de la fecha–.

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS.

Dado que el Estado provincial ha incumplido con las prescripciones del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral, y de ese modo con la obligación asumida en el régimen de coparticipación federal de impuestos (ley 23.548, artículo 9°, inc. d), cabe ordenar la devolución de los montos ingresados por la empresa en concepto de impuesto a los ingresos brutos, con más los intereses que se computarán desde la oportunidad en que fue percibido hasta el efectivo pago, a la tasa pasiva promedio que aplica mensualmente el Banco Central de la República Argentina (conf. causa S. 457. XXXIV “Serenar S.A”, del 19/8/2004, entre otras).

–Los Dres Lorenzetti y Petracchi, en disidencia parcial, y remitiéndose a la disidencia en el citado precedente “Serenar”, consideraron que los intereses debían calcularse a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina–.

–En igual sentido A 697 XXXIX “Argencard S.A c/ Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa”, sentencia de la fecha–.

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS.

Cabe rechazar la demanda deducida contra la Provincia de Entre Ríos a fin de que se declare la procedencia del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral con relación a la deuda tributaria por impuesto sobre los ingresos brutos determinada por la Dirección General de Rentas local, y como consecuencia de ello, la inconstitucionalidad del rechazo de su aplicación efectuado por la demandada, pues la actora no demuestra –como era su carga hacerlo para la aplicación del Protocolo que invoca– que la base imponible reclamada por la provincia ha sido atribuida a otras jurisdicciones en exceso, de forma tal que no existe omisión en la base imponible atribuible a todas las provincias durante los períodos en litigio (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

–En igual sentido A 697 XXXIX “Argencard S.A. c/ Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa”, sentencia de la fecha–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La cuestión de competencia sometida a conocimiento del Tribunal en el *sub-lite* resulta sustancialmente análoga a la que fuera objeto de examen por este Ministerio Público, el 4 de noviembre de 2003, *in*

re A. 2601, XXXVIII, “ARGENCARD S.A. C/ SALTA, PRUVINCIA DE S/ SUMARISIMO ACCION DECLARATIVA -MEDIDA PRECAUTORIA”, dictamen que fue compartido por V.E. en su sentencia del 27 de mayo de 2004.

En virtud de lo expuesto en dicha oportunidad, que doy aquí por reproducido *brevitatis causae*, opino que este proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte, por ser parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal. Buenos Aires, 1° de julio de 2004. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Argencard S.A. c/ Entre Ríos, Provincia de y otro s/ demanda de repetición”, de los que

Resulta:

I) A fs. 30/45 Argencard S.A. promueve demanda contra la Provincia de Entre Ríos a fin de que se declare la procedencia del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral con relación a la deuda tributaria por impuesto sobre los ingresos brutos determinada por la Dirección General de Rentas local en la resolución 117/03; y, como consecuencia de ello, la inconstitucionalidad del rechazo de su aplicación efectuado por la demandada, ordenándose la devolución de los montos ingresados por la empresa en el concepto en cuestión.

Manifiesta que oportunamente recurrió la resolución determinativa 117/03, y a ese fin –en cumplimiento del artículo 100, párrafo 1°, del Código Fiscal de la Provincia de Entre Ríos– debió pagar la suma discutida; el recurso fue finalmente rechazado, y de este modo la vía administrativa quedó concluida.

Relata que cuando un contribuyente del régimen del convenio ha calculado correctamente la íntegra base imponible y ha pagado la alícuota del impuesto sobre ella, y así ha ingresado el total del gravamen

que le corresponde por su actividad en todo el territorio del país, puede ocurrir que una jurisdicción impugne la porción de la base que se le adjudicó en menos –el caso de autos según expone–, y que reclame a las demás jurisdicciones que percibieron en demasía.

Explica que con anterioridad a la entrada en vigencia del Protocolo Adicional, cuando se efectuaba un reclamo similar al que realizó en el caso la Provincia de Entre Ríos, el fisco indebidamente beneficiado no aceptaba en general la disminución respectiva lo que conducía a que los contribuyentes debieran pagar dos veces el mismo gravamen. Ante esta circunstancia, según sostiene, las jurisdicciones firmantes del régimen crearon un procedimiento –el dispuesto en el protocolo– para que los fiscos provinciales intervinientes reintegren las diferencias entre sí sin intervención del contribuyente.

Afirma que en el caso concreto concurren los extremos que obligan al Estado provincial a notificar a las restantes provincias el conflicto nacido con el contribuyente, conforme lo ordena el artículo 1º –puntos 1 y 2– del protocolo, como requisito previo para involucrarlo, desde que, existe una diversa interpretación sobre la situación de la actora frente al impuesto, esa diferencia obedece a la atribución en defecto de la base imponible –sin alcanzar al cálculo de la base total– y obra en sede administrativa resolución determinativa firme de la demandada. Ante la negativa de la provincia a aplicar el procedimiento, inicia la presente acción.

II) A fs. 69/74 la Provincia de Entre Ríos contesta la demanda y solicita su rechazo.

Plantea la improcedencia de la acción de repetición al afirmar que aun cuando se decidiera que corresponde seguir el procedimiento previsto en el protocolo, tal decisión no conduciría a que le sean reintegrados al actor los importes ya pagados, puesto que las restantes provincias podrían guardar silencio o no manifestar disconformidad con la determinación efectuada, extremos que habilitarían el cobro al contribuyente. De otra manera, concluye, se vedaría a los órganos del convenio multilateral tratar sobre las cuestiones ya resueltas en la instancia judicial.

Respecto al fondo de la cuestión expone que el protocolo sólo se aplica cuando media diversidad de interpretaciones –acreditadas de

modo fehaciente— entre los fiscos, y no cuando se trata de discrepancias que surgen en un procedimiento de fiscalización entre uno de ellos y el obligado al pago del impuesto. Sostiene que la vía idónea para el cuestionamiento de la determinación que persigue la actora no es la intentada, sino, según manifiesta, la prevista en el artículo 24, inciso b, del convenio, que determina que sea la Comisión Arbitral que prevé esa legislación, la que resuelva las cuestiones que se originen como consecuencia de la aplicación del citado convenio en los casos concretos. Arguye que, de seguirse la interpretación que la actora hace del artículo 1° del protocolo referido, todas las fiscalizaciones donde el contribuyente manifestara su discrepancia con la verificación y la corrección de la base imponible, desembocarían en la aplicación de aquél.

Por último, afirma que los intereses y la multa también cuestionados en este proceso fueron condonados por el artículo 4° de la ley 9576 de la Provincia de Entre Ríos, por lo que el reclamo al respecto resulta improcedente.

Y considerando:

1°) Que a fs. 49 de estas actuaciones se decidió que esta causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículo 117, de la Constitución Nacional), pero más allá de ello frente al prolongado trámite al que dio lugar la sustanciación del proceso y la significativa extensión del tiempo transcurrido desde el llamamiento de autos para sentencia, evidentes razones de economía procesal, así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes, en cuanto comprenden la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a la controversia, llevan a mantener su competencia originaria para dictar sentencia definitiva (conf. “Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de” –Fallos: 329:809–; “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros” –Fallos: 329:2088–; “Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa, Provincia de y otro –Fallos: 329:2688–).

2°) Que a los efectos de considerar si el procedimiento establecido en el Protocolo Adicional al Convenio Multilateral se encuentra habilitado en relación a la determinación tributaria que se reclama –lo que constituye el objeto de esta acción–, cabe en primer término tener presente que las partes coinciden en diversos puntos que son a su vez

condiciones efectivamente necesarias para abrir la instancia procedimental que pretende la actora.

En efecto, no se encuentra controvertido que la determinación tributaria ha quedado firme (artículo 1º, PACM) y que las diferencias de gravamen que se han determinado encuentran razón en la atribución por exceso o por defecto de base imponible (artículo 1º, PACM). Este último extremo cobra especial relevancia frente a la exigencia establecida en la resolución RG 19 de la Comisión Arbitral del convenio, del 18 de octubre de 1983, mediante la que se aclaró que “el Protocolo Adicional no será de aplicación cuando se determinen omisiones en la base imponible atribuible a todas las jurisdicciones, no obstante la concurrencia de diversas interpretaciones de la situación fiscal del contribuyente, prevista en el artículo 1º del mismo” (artículo 1º, RG 19). En el caso no se encuentra controvertido que la actora ha calculado correctamente la base imponible relativa al impuesto sobre los ingresos brutos por su actividad en todo el territorio, no resultando suficiente para sostener lo contrario la genérica negativa contenida en la contestación de demanda dado que la provincia no ha dado argumentos que la sustenten, ni en el proceso judicial ni en las actuaciones administrativas.

Difieren las partes, en cambio, respecto de la interpretación que cabe dar a la expresión “surjan diversas interpretaciones de la situación fiscal de un contribuyente” contenida en el artículo 1º del PACM.

La actora entiende que inicialmente la divergencia apuntada tendría lugar entre el fisco actuante y el contribuyente, pues resultaría imposible que en el proceso de fiscalización “sea parte un fisco ajeno” (ver fs. 34 vta.); la intervención de éste, expone, recién tiene lugar –de acuerdo a lo establecido en el artículo 1º, punto 2, PACM– cuando, una vez determinadas, la otra jurisdicción consienta éstas o manifieste su disconformidad, y someta el caso a la decisión de la Comisión Arbitral –artículo 1º, punto 3–. De esta forma concluye que el fisco entrerriano debe, pese a su resistencia a hacerlo, efectuar la notificación pertinente a los fiscos que han sido presuntamente beneficiados en más por la distribución de la base imponible, enmarcando así tal acto en el procedimiento del PACM.

La demandada, por su parte, da al texto bajo examen una inteligencia distinta. Sostiene que las diversas interpretaciones de la situación fiscal de un contribuyente sólo pueden provenir de dos fiscos distintos,

y que ellas deben estar fehacientemente acreditadas, excluyéndose de este modo “las discrepancias que puedan surgir en un procedimiento de fiscalización entre un Fisco y el contribuyente” (ver fs. 72 vta.).

Esta postura encuentra mayor desarrollo en la resolución provincial N° 1337/04, que rechazó el recurso interpuesto por la actora con relación a la determinación efectuada por la provincia. En aquélla se afirma que “al decir interpretaciones divergentes entre fiscos, no estamos diciendo que ‘ab initio’ ellos deban tomar intervención activa en una fiscalización efectuada por uno de ellos, sino que la divergencia se expresa cuando un fisco, el que inicia la fiscalización, expone un criterio determinado, distinto al del contribuyente, pero éste acredita ante él que actuó en la manera que lo hizo, siguiendo un criterio de la otra jurisdicción. Es obvio que tal acreditación no consiste en la mera afirmación o expresión del contribuyente de existir un criterio disímil sobre una misma cuestión, pues en tal hipótesis, prácticamente todas las fiscalizaciones efectuadas a contribuyentes sujetos al Convenio Multilateral tendrían en la aplicación del Protocolo...” (ver fs. 808/809 del expediente administrativo N° 94.961 agregado a estas actuaciones a fs. 75).

De acuerdo a esa hermenéutica, la demandada entiende que la actora no ha acreditado la existencia de una interpretación distinta proveniente de otro fisco, sino que por propia voluntad no declaró actividad en la jurisdicción de la Provincia de Entre Ríos hasta después de comenzada la fiscalización.

De este modo, según manifiesta, al no cumplirse la condición mencionada el procedimiento se encuentra habilitado en relación con la determinación tributaria en cuestión.

3°) Que para la solución del presente litigio resulta necesario entrar en la consideración sólo de la inteligencia que debe darse a lo establecido en el artículo 1° del PACM, esto es si se encuentran dadas las condiciones para habilitar el procedimiento convenido.

El punto referido a la debida distribución de la base imponible, en cambio, debe ser excluido del presente examen, ya que constituye precisamente el eventual objeto de tratamiento en el marco del protocolo, y una decisión jurisdiccional sobre el tema significaría en esta instancia tanto como sustraer la cuestión de fondo de las órbitas de competencia convenidas por las partes suscribientes del Convenio Multilateral (confr. artículos 17, inc. e, y 25; y artículo 4° del PACM).

4º) Que, en el caso, la letra del protocolo objeto de estudio, la necesidad de equilibrio entre la exigencia recaudatoria y los derechos del contribuyente, el sentido y conjunto de las disposiciones atinentes, como así también su unidad y finalidad, determina que se deba concluir que la interpretación de la ley que ha hecho la demandada en su aplicación es inválida.

En efecto, exigir al contribuyente, como se hace, la acreditación fehaciente de un criterio proveniente de un fisco ajeno al actuante que hubiera inducido a aquél al pago en la forma en que lo hizo, significaría tanto como privarlo de toda facultad interpretativa del convenio multilateral a pesar de ser quien realiza la actividad plurijurisdiccional perteneciente al ámbito de aplicación de aquél (artículo 1º PACM), y de ser el agente de la distribución que el régimen convenido establece. Una conclusión de esa índole importaría tanto como quitar sentido a la previsión contenida en el artículo 25 que le reconoce inclusive legitimación para interponer recursos de apelación ante la Comisión Plenaria contra decisiones de la Comisión Arbitral.

5º) Que en ese orden de ideas cabe poner de resalto que reafirma la interpretación antedicha las previsiones contenidas en los puntos 2 y 3 del artículo 1º referido.

En efecto, lo allí dispuesto permite extraer la conclusión de que la notificación que regula es la primera toma de conocimiento por parte del fisco ajeno al fiscalizador sobre las diferencias existentes, esto es sobre la diversa aplicación del convenio que ha realizado el fisco actuante.

En tanto primer conocimiento sobre ello, congruentemente, el texto del protocolo le abre dos opciones posibles al fisco ajeno, conformidad o resistencia respecto del criterio del fisco presuntamente afectado, esto es del actuante. Al ser ello así carece de sustento la exigencia que pretende imponerse al contribuyente de acreditar una interpretación distinta de otro fisco, ya que si ello fuese ineludible la ley no prevería la posibilidad de la conformidad posterior del fisco reclamado.

Adviértase asimismo que, siguiendo la línea interpretativa que propone la demandada, si fuera necesario que el contribuyente tuviera que actuar de acuerdo a un criterio de otro fisco, es decir tuviera que seguir la interpretación del convenio multilateral adoptada por una jurisdicción, y tuviera que dar cuenta de ella ante los estrados de otro fisco, ese proceder obtendría una entidad semejante a la que precisa-

mente ha establecido el protocolo, y éste resultaría entonces superfluo. Como quedó expuesto, si ésta debiera ser la vía a seguir por parte del contribuyente, no tendría sentido que el protocolo prevea la posibilidad de que el fisco ajeno preste conformidad con la determinación tributaria del actuante.

6º) Que si en efecto, como la propia demandada afirma en la resolución 1377/04, el fisco actuante no exige que el ajeno intervenga en el proceso de fiscalización entre el primero y el contribuyente, y si se descarta –de acuerdo a lo considerado precedentemente– la exigencia de que aquél deba acreditar fehacientemente la existencia de otro criterio al de la jurisdicción fiscalizadora, cabe preguntarse cuándo y de qué modo es que pueden surgir interpretaciones divergentes entre dos fiscos, condición para la apertura del procedimiento en examen.

La respuesta a ello se encuentra en la finalidad que dio vida al protocolo, es decir un sistema de compensación entre los fiscos en cuyas jurisdicciones un particular realiza su actividad. De ello se deduce que, una vez firme la determinación tributaria, esto es la definitiva voluntad de una jurisdicción de considerarse con derecho a una parte mayor de la base distribuida a él por el contribuyente y otorgada a su costa a otras, es el fisco actuante quien debe poner en funcionamiento el procedimiento que le permitirá eventualmente recuperar la porción en menos que dice no haber recibido.

La interpretación que hace la Provincia de Entre Ríos invierte los términos del procedimiento al exigir al contribuyente la sustanciación de la posible diferencia de criterios entre los fiscos involucrados, sin asumir su rol –establecido en el artículo 1º, punto 1, PACM–, en su propio interés, de notificar su postura al fisco al que la distribución de la base hecha por el contribuyente habría beneficiado en más.

7º) Que otro aspecto de la finalidad que tuvo la creación del protocolo fue el de evitar al contribuyente, tal como el Estado provincial lo afirma, “...los desfasajes que le generaban los mecanismos indexatorios a sus deudas y créditos vigentes por aquella época [es decir 1980, oportunidad de su creación], que hoy han perdido vigencia” (ver fs. 810 del expediente administrativo ya citado).

Es precisamente la lógica interna del protocolo la que permite relevar al contribuyente de la necesidad de la acreditación fehaciente del

diverso criterio de un fisco ajeno al actuante, ya que en caso de que el ajeno responda a la notificación del actuante dando su conformidad al criterio expresado por este último, y que implica diferencias en la distribución de la base, la jurisdicción “acreedora” podrá cobrar recargos, multas e intereses al contribuyente, y de este modo penalizar su interpretación ahora errada (artículo 1º, punto 2).

Por el contrario, cuando exista oposición del fisco ajeno al criterio del actuante, esto es cuando haya efectivamente diversas interpretaciones entre fiscos respecto de la situación fiscal de un contribuyente, los intereses no podrán ser aplicados a éste, habiéndose así cumplido con la finalidad del protocolo.

En otras palabras, no se trata de que el contribuyente juegue un mayor o menor papel en el procedimiento, o que quede excluido en forma tajante por tratarse de un convenio entre fiscos. El protocolo genera el marco en el cual *puede* nacer una diferencia interpretativa del convenio multilateral entre fiscos, en cuyo caso la cuestión debe ser dirimida por la Comisión Arbitral (artículo 1º, punto 3, PACM), o no hacerlo, con lo que el contribuyente deberá redistribuir de acuerdo al criterio del fisco actuante, y será pasible, consecuentemente, de “multas, recargos y/o intereses” (artículo 1º, punto 6, PACM).

8º) Que la interpretación de la Provincia de Entre Ríos lleva a la paradójica situación, perjudicial para el contribuyente y desconocedora de los fines para los que se estableció el protocolo en estudio, de que al no realizar la notificación prevista en el artículo 1º, punto 2, PACM, nunca puede concurrir la conformidad ni la disconformidad del fisco ajeno, y de esta forma la divergente interpretación, y ese presupuesto es condición de funcionamiento del sistema.

Cabe al respecto reseñar la resolución de la Comisión Arbitral 16/2002, a través de la cual se rechazó la aplicación del protocolo por ausencia de diversas interpretaciones “ya que ninguno de los fiscos en que la misma [la firma] realiza actividad, **y que fueran notificados de la resolución determinativa**, planteó una controversia en ese sentido” (énfasis agregado).

La conducta que intenta hacer valer la Provincia de Entre Ríos, esto es la de negarse a notificar al fisco ajeno las diferencias presuntamente existentes, resulta especialmente gravosa para el contribuyente si se

considera que, en el caso, de acuerdo con la legislación provincial, éste debió pagar el monto reclamado para poder agotar la vía recursiva provincial y dejar firme la determinación tributaria, requisito ineludible para habilitar el procedimiento del protocolo.

9º) Que por todo lo expuesto resulta que el Estado provincial demandado ha incumplido con las prescripciones del protocolo, y de este modo con la obligación asumida en el régimen de coparticipación federal de impuestos (ley 23.548, artículo 9º, inc. d).

10) Que el reclamo de repetición de la suma pagada es procedente.

En efecto, si la provincia hubiera realizado los pasos necesarios para la aplicación del protocolo, esto es la notificación prevista en el punto 2 del artículo 1º, el actor, aun en el caso en que su reclamo hubiese sido desestimado vía conformidad del fisco ajeno como por hipótesis plantea la demandada (ver fs. 71 vta.), no habría debido pagar en efectivo como lo hizo, sino mediante los documentos de crédito que prevé al efecto el artículo 2º del PACM, esto es un sistema de compensación.

11) Que frente al argumento de la demandada según el cual la actora pudo haber dejado firme la resolución determinativa para así obtener uno de los requisitos para la aplicación del protocolo, sin necesidad de apelar la cuestión hasta alcanzar el recurso jerárquico –para lo que debió pagar el monto discutido de acuerdo con el artículo 100, párrafo 1º, del Código Fiscal local–, cabe afirmar que la letra del PACM no autoriza a interpretar que la determinación firme (artículo 1º, punto 1, PACM) se refiera a un consentimiento y no, por el contrario, al agotamiento de la vía recursiva (como sucede *in re*). Por lo demás, en el caso concreto, cabe advertir que desde la resolución 59/03 de la Dirección General de Rentas, el fisco actuante negó la procedencia de la aplicación del protocolo (ver fs. 717 del expediente administrativo ya citado), temperamento que sostuvo hasta la resolución 1377/04. De tal manera, exigir al contribuyente que consintiera la decisión al respecto hubiera significado tanto como exigirle su renuncia a la aplicación de las previsiones contenidas en el Protocolo Adicional al Convenio Multilateral.

12) Que, en su mérito, la demandada deberá devolver a la actora el importe por ella recibido en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, con más los intereses que se computarán desde la oportunidad

en que fue percibido hasta el efectivo pago, a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina (conf. causas: S.457.XXXIV “Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 19 de agosto de 2004; “Goldstein, Mónica c/ Santa Cruz, Provincia de” (Fallos: 328:1569) y “Tortorelli, Mario Nicolás c/ Buenos Aires, Provincia de y otros” (Fallos: 329:4826), entre otros).

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: Hacer lugar a la demanda, declarar aplicable el procedimiento establecido en el Protocolo Adicional al Convenio Multilateral en relación a la determinación tributaria de autos, y ordenar a la demandada devolver la suma recibida de la actora en el concepto previsto en el artículo 100 del Código Fiscal provincial, con más los intereses que se liquidarán de acuerdo con lo expuesto en el considerando 12. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, devuélvase el expediente administrativo y, oportunamente, archívese.

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

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON CARLOS S. FAYT Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con el pronunciamiento que encabeza la presente sentencia, con excepción del considerando 2º, el que queda redactado en los siguientes términos:

2º) Que a los efectos de considerar si el procedimiento establecido en el Protocolo Adicional al Convenio Multilateral se encuentra habilitado con relación a la determinación tributaria que se cuestiona –lo que constituye el objeto de esta acción–, cabe en primer término tener presente que las partes coinciden en diversos puntos que son a su vez condiciones efectivamente necesarias para abrir la instancia procedimental que pretende la actora.

En efecto, no se encuentra controvertido que las “diversas interpretaciones de la situación fiscal de un contribuyente” habrían surgido de un proceso de fiscalización (artículo 1º, PACM), que la determinación tributaria ha quedado firme (artículo 1º, punto 1, PACM), y que las diferencias de gravamen que se han determinado encuentran razón en la atribución por exceso o por defecto de base imponible (artículo 1º, PACM). Este último extremo resulta relevante, frente a la exigencia establecida en la resolución RG 19 de la Comisión Arbitral del convenio, del 18 de octubre de 1983, mediante la que se aclaró que “el Protocolo Adicional no será de aplicación cuando se determinen omisiones en la base imponible atribuible a todas las jurisdicciones, no obstante la concurrencia de diversas interpretaciones de la situación fiscal del contribuyente, prevista en el artículo 1º del mismo” (artículo 1º, RG 19). En el caso no está en discusión que la actora ha calculado correctamente la base imponible relativa al impuesto a los ingresos brutos por su actividad en todo el territorio del país.

Sí difieren las partes, en cambio, tanto en lo referente a la debida distribución de dicha base, como en la interpretación que realizan del artículo 1º del PACM; esto es, sobre el sentido que debe asignarse a la expresión “surjan diversas interpretaciones de la situación fiscal de un contribuyente”.

La actora, entiende que *inicialmente* la divergencia apuntada tendría lugar entre el fisco actuante y el contribuyente, pues resultaría imposible que en el proceso de fiscalización “sea parte un fisco ajeno” (ver fs. 34 vta.); la intervención de éste, expone, recién tiene lugar –de acuerdo a lo establecido en el artículo 1º, punto 2, PACM– cuando, una vez notificada por el fisco actuante de las diferencias por él determinadas, la otra jurisdicción consienta éstas o manifieste su disconformidad, y someta el caso a la decisión de la Comisión Arbitral –artículo 1º, punto 3–. De esta forma concluye que el fisco entrerriano debe, pese a su resistencia a hacerlo, efectuar la notificación pertinente a los fiscos que han sido presuntamente beneficiados en más por la distribución de la base imponible, enmarcando así tal acto en el procedimiento del PACM.

La demandada, por su parte, da al texto bajo examen una inteligencia distinta. Sostiene que las diversas interpretaciones de la situación fiscal de un contribuyente sólo pueden provenir de dos fiscos distintos, y que ellas deben estar fehacientemente acreditadas, excluyéndose de

este modo “las discrepancias que puedan surgir en un procedimiento de fiscalización entre un Fisco y el contribuyente” (ver fs. 72 vta.).

Esta postura encuentra mayor desarrollo en la resolución provincial 1337/04, que rechazó el recurso interpuesto por la actora con relación a la determinación efectuada por la provincia. En aquélla se afirma que “al decir interpretaciones divergentes entre fiscos, no estamos diciendo que “ab initio” ellos deban tomar intervención activa en una fiscalización efectuada por uno de ellos, sino que la divergencia se expresa cuando un fisco, el que inicia la fiscalización, expone un criterio determinado, distinto al del contribuyente, pero éste acredita ante él que actuó en la manera en que lo hizo, siguiendo un criterio de la otra jurisdicción. Es obvio que tal acreditación no consiste en la mera afirmación o expresión del contribuyente de existir un criterio disímil sobre una misma cuestión, pues en tal hipótesis, prácticamente todas las fiscalizaciones efectuadas a contribuyentes sujetos al Convenio Multilateral devendrían en la aplicación del Protocolo...” (ver fs. 808/809 del expediente administrativo N° 94.961 agregado a estas actuaciones a fs. 75).

De acuerdo a esa hermenéutica, la demandada entiende que la actora no ha acreditado la existencia de una interpretación distinta proveniente de otro fisco, sino que por propia voluntad no declaró actividad en la jurisdicción de la Provincia de Entre Ríos hasta después de comenzada la fiscalización.

De este modo, según manifiesta, al no cumplirse la condición mencionada, el procedimiento no se encuentra habilitado en relación con la determinación tributaria en cuestión.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: Hacer lugar a la demanda, declarar aplicable el procedimiento establecido en el Protocolo Adicional al Convenio Multilateral en relación a la determinación tributaria de autos, y ordenar a la demandada devolver la suma recibida de la actora en el concepto previsto en el artículo 100 del Código Fiscal provincial, con más los intereses que se liquidarán de acuerdo con lo expuesto en el considerando 12. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, devuélvase el expediente administrativo y, oportunamente, archívese.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con los considerandos 1° a 11 que encabezan este pronunciamiento, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

12) Que, en su mérito, la demandada deberá devolver a la actora el importe por ella recibido en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, con más los intereses que se computarán desde la oportunidad en que fue percibido hasta el efectivo pago, a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (conf. causas: S.457 XXXIV “Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, disidencia de los jueces Petracchi, Belluscio y Vázquez, del 19 de agosto de 2004; “Goldstein, Mónica c/ Santa Cruz, Provincia de”, disidencia de los jueces Petracchi, Belluscio y Lorenzetti –Fallos: 328:1569– y “Tortorelli, Mario Nicolás c/ Buenos Aires, Provincia de y otros”, disidencia de los jueces Lorenzetti y Petracchi, –Fallos: 329:4826–, entre otros).

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: Hacer lugar a la demanda, declarar aplicable el procedimiento establecido en el Protocolo Adicional al Convenio Multilateral en relación a la determinación tributaria de autos, y ordenar a la demandada devolver la suma recibida de la actora en el concepto previsto en el artículo 100 del Código Fiscal provincial, con más los intereses que se liquidarán de acuerdo con lo expuesto en el considerando 12. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, devuélvase el expediente administrativo y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

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

Considerando:

1°) Que a fs. 49 de estas actuaciones se decidió que esta causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación (artículo 117, de la Constitución Nacional), pero más allá de ello frente al prolongado trámite al que dio lugar la sustanciación del proceso y la significativa extensión del tiempo transcurrido desde el llamamiento de autos para sentencia, evidentes razones de economía procesal, así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes, en cuanto comprenden la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a la controversia, llevan a mantener su competencia originaria para dictar sentencia definitiva (conf. "Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de" –Fallos: 329:809–; "Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros" –Fallos: 329:2088–; "Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa, Provincia de y otro" –Fallos: 329:2688–).

2º) Que el artículo 1º del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977 dispuso que el procedimiento allí reglado se aplicará en los casos en que por fiscalización, surjan diversas interpretaciones de la situación fiscal de un contribuyente sujeto al Convenio, y se determinen diferencias de gravamen por atribución en exceso o en defecto de base imponible, entre las jurisdicciones en las que el contribuyente desarrolla la actividad. Ese procedimiento culminará bien con la aceptación –expresa o tácita– por parte de las demás jurisdicciones, de la determinación realizada, o bien –en caso de discrepancia– tras ponerse en acción el mecanismo previsto en los puntos 3 y 4 del artículo 1º del Protocolo, después de la intervención de la Comisión Arbitral o bien de la Comisión Plenaria.

Una vez resuelto lo que corresponda respecto de la determinación de oficio practicada por la jurisdicción actuante –siempre en cuanto a la atribución de base a cada jurisdicción–, y en el supuesto en que continuase resultando ajuste a su favor, ésta ha de emitir la liquidación pertinente (artículo 1º, punto 5, del Protocolo), y ha de notificarla al contribuyente para que éste, dentro de los diez (10) días hábiles, proceda a solicitar el reintegro ante la o las jurisdicciones en donde ha ingresado en demasía, conforme el artículo 2º del Protocolo Adicional.

El mecanismo descrito evita que el contribuyente tenga que pagar la diferencia (ya ingresada, pero a otro u otros fiscos adheridos), como también que deba iniciar la repetición ante la o las jurisdicciones que han percibido de más.

3º) Que para la solución del presente litigio resulta necesario entrar en la consideración sólo de la inteligencia que debe darse a lo esta-

blecido en el artículo 1° del PACM, esto es si se encuentran dadas las condiciones para habilitar el procedimiento convenido.

El punto referido a la debida distribución de la base imponible, en cambio, debe ser excluido del presente examen, ya que constituye precisamente el eventual objeto de tratamiento en el marco del protocolo, y una decisión jurisdiccional sobre el tema significaría en esta instancia tanto como sustraer la cuestión de fondo de las órbitas de competencia convenidas por las partes suscribientes del Convenio Multilateral (confr. artículos 17, inc. e, y 25; y artículo 4° del PACM).

4°) Que de manera reglamentaria y conteste con la letra y el espíritu del Protocolo Adicional, la Comisión Arbitral estableció en el artículo 1° de la Resolución General N° 19/983 (B.O. 22/12/1983) que el referido Protocolo “no será de aplicación cuando se determinen omisiones en la base imponible atribuible a todas las jurisdicciones, no obstante la concurrencia de diversas interpretaciones de la situación fiscal del contribuyente, prevista en el artículo 1° del mismo”.

5°) Que en su escrito de responde la Provincia de Entre Ríos negó expresamente: a) que de la determinación efectuada surja que el contribuyente tributó en exceso en alguna jurisdicción; b) que la base imponible total informada por la actora sea correcta y c) que la determinación de deuda fiscal y su pago implique, por sí sola, la indebida percepción de parte del gravamen por incorrecta distribución de la base imponible entre distintas jurisdicciones (fs. 69 vta.).

6°) Que como bien lo señala el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen de fs. 115/116, de las constancias de autos no surge prueba alguna de la actora tendiente a rebatir estas negativas y demostrar –como era su carga hacerlo para la aplicación del Protocolo que invoca– que la base imponible reclamada por la Provincia de Entre Ríos ha sido atribuida a otras jurisdicciones en exceso, de forma tal que no existe omisión en la base imponible atribuible a todas las provincias durante los períodos en litigio.

En consecuencia, el incumplimiento de dicha carga probatoria conlleva al rechazo de la demanda.

7°) Que las consideraciones precedentes son suficientes para resolver el caso y tornan innecesario el tratamiento de los restantes argumentos expuestos por las partes.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: Rechazar la demanda seguida por Argencard S.A. contra la Provincia de Entre Ríos. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, comuníquese al señor Procurador General, devuélvase el expediente administrativo y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Profesionales intervinientes: **POR LA ACTORA Dres. Patricio Aristóbulo Navarro, Paula Laorca de Mollón y Marcela Alejandra Fiocco. POR LA DEMANDADA: Fiscal de Estado Claudia Mónica Mizawak, y los Dres. Carlos Aurelio y José Emiliano Arias.**

CASTAÑEDA, CARLOS ANTONIO

S/ SUSTRACCIÓN Y DESTRUCCIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA –CAUSA N° 768–

TERRORISMO.

Cabe descalificar por arbitraria la decisión que al rechazar la excepción de prescripción de la acción penal –basándose en el derecho a la verdad que correspondía a todas las víctimas del atentado y en el hecho de que una situación distinta acarrearía responsabilidades de índole internacional– condenó al imputado como autor del delito de sustracción de elementos destinados a servir de prueba ante una autoridad competente cometido en forma reiterada, pues tal pronunciamiento no brindó los fundamentos normativos aplicables, ni analizó el documento suscripto por el país en sede internacional, ni las razones por las cuales estimó que alcanzaba a los hechos investigados.

TERRORISMO.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que entendió que la posibilidad de declarar la prescripción de la acción penal estaba vedada por la existencia de un acuerdo celebrado entre el Estado Argentino y un grupo de querellantes de la causa en la que se investiga el atentado contra la A.M.I.A., pues yerra el tribunal al afirmar que “se ha aplicado correctamente la normativa internacional contenida en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional”, dado que la admisión de responsabilidad del Estado Argentino ante los organismos internacionales no puede acarrear como consecuencia directa la afectación de las garantías constitucionales de una persona imputada por la comisión de un delito común, quien además no ha tenido la posibilidad de ser oída en la instancia supranacional (Disidencia parcial de los Dres. Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal rechazó la excepción de prescripción de la acción penal en las causas acumuladas N° 792 y 822, y condenó a Carlos Antonio C. a la pena de cuatro años de prisión, como autor penalmente responsable del delito de sustracción de elementos destinados a servir de prueba ante una autoridad competente, cometido en forma reiterada –dos hechos– (artículo 255 del Código Penal).

Por su parte, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso deducido por la defensa y confirmó la sentencia en cuanto fue materia de impugnación.

Contra esa decisión se interpuso recurso extraordinario (fs. 102/120), cuya denegación (fs. 122) dio lugar a la presente queja.

– II –

El apelante considera arbitrario el fallo en cuanto no hizo lugar a la excepción de prescripción merced a la aplicación de determinadas reglas del derecho internacional de los derechos humanos que imperarían sobre las disposiciones del derecho interno que rigen la materia.

En este sentido, señala que el derecho de las víctimas a conocer la verdad y el deber del Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos –tales son las reglas invocadas– se refieren al hecho del atentado a la AMIA, cuya investigación es la que –en todo caso– debería proseguirse más allá de las normas del derecho interno en materia de prescripción.

Sostiene, en cambio, que la sentencia no explicó porqué el delito que se imputa a C. –sustracción de elementos destinados a servir de prueba en la investigación del atentado– constituye una gravísima violación a los derechos humanos cuyo juzgamiento no puede ser impedido por ningún obstáculo del derecho interno.

Afirma que el compromiso asumido por el gobierno ante los querrelantes en el 122º período de sesiones ordinarias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de continuar con las investigaciones relativas al atentado a la AMIA –que también se adujo como motivo para dejar de lado la aplicación de la ley interna bajo el argumento de que sólo de esa manera podía evitarse que el Estado incurra en responsabilidad internacional precisamente por la violación de ese compromiso– abarca solamente la investigación del hecho cometido contra la sede de la AMIA/DAIA el 18 de julio de 1994.

Concluye que el *a quo* adoptó una inteligencia derogatoria de los artículos 62 y concordantes del Código Penal que impidió al imputado oponer con éxito una excepción prevista en la ley, con menoscabo de la garantía de la defensa en juicio.

En cuanto al fondo de la cuestión, la defensa tacha de arbitraria la condena, en cuanto no tuvo suficientemente en cuenta que los efectos secuestrados en el allanamiento practicado en la calle República N° 107 –cuya sustracción se imputó a C.– no podían servir de prueba, desde que esa diligencia fue anulada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 al dictar sentencia en la causa AMIA.

Asimismo, indica que la cámara de casación se limitó a reiterar los fundamentos expuestos en la sentencia condenatoria y, por lo tanto, dejó sin adecuada respuesta el planteo recursivo que señalaba que no se encontraba acreditada la intervención dolosa de C. y que se le atribuyó responsabilidad objetiva.

El recurrente manifiesta, además, que el tribunal se apartó de las constancias de la causa para concluir que los efectos secuestrados por la policía nunca fueron remitidos al juzgado y que desaparecieron en el ámbito de Departamento de Protección del Orden Constitucional comandado por C.

También considera que se verifica un apartamiento de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas que permitieron al tribunal afirmar que el imputado sustrajo sesenta y ocho cassettes con grabaciones resultantes de la intervención de la línea telefónica de Carlos T., pues fue soslayada toda la prueba que demostraba que tales cassettes eran devueltos a la SIDE para su reutilización después de transcribir su contenido.

Alega, para finalizar, la falta de fundamentación de la sanción impuesta, en tanto en el fallo no se explicó cuáles son las pautas que se tuvieron en cuenta al fijar un monto que implica el cumplimiento efectivo en prisión, lo que, a juicio de la defensa, demuestra la falta de consideración de la finalidad de readaptación social que tienen las penas.

– III –

Para una mayor claridad en la exposición conviene recordar que al responder el agravio relacionado con el rechazo de la excepción de prescripción de las causas N° 792 y 822, el *a quo* sostuvo que la decisión del tribunal de mérito de no hacer lugar a ese planteo se basaba en la correcta aplicación de “la normativa internacional contenida en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional por sobre la ley interna argentina, prevaleciendo el cumplimiento del acuerdo suscripto por nuestro país (evitando sanciones de carácter internacional) motivado en el respeto a la normativa contenida en los pactos de derechos humanos” (fs. 93 vta.).

En particular, se refirió al derecho a la verdad que “corresponde a todas las víctimas” y dijo que “una solución distinta acarrearía responsabilidades de índole internacional” (fs. 43 vta./44).

En abono de su postura, transcribió fragmentos pertinentes de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estimo que el pronunciamiento apelado contiene, a este respecto, serias deficiencias en su fundamentación normativa que impiden considerarla como acto jurisdiccional válido. En efecto, considero que al limitarse a la invocación genérica al derecho a conocer la verdad que asiste a quienes han sido víctimas de violaciones a la Convención y al deber del Estado de garantizarlo, la cámara ha omitido dar una explicación cabal de las razones por las que la observancia de esos principios habría de justificar la severa restricción de garantías fundamentales del imputado –por cierto, revestidas de igual jerarquía normativa– que supuso la decisión de declarar inaplicables las normas sobre prescripción respecto de delitos que no han sido señalados como pertenecientes a la categoría de los denominados “imprescriptibles”. En lo vinculado a este último aspecto, cabe destacar que el *a quo* no se pronunció sobre la pretensión de la querrela de aplicar la Convención sobre la Impres-

criptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ver fs. 91 vta./92).

A mi modo de ver, para resolver un conflicto de intereses en el que no es posible deducir *a priori* y en abstracto una regla de precedencia, no bastaba con afirmar la preeminencia de uno sobre el otro, sino que era ineludible la realización de un juicio de ponderación más exhaustivo que demostrara bajo qué circunstancias y con arreglo a cuáles principios jurídicos era razonable y proporcionado decidir en el modo en que se lo hizo, pues pienso que, dada la delicadeza del caso, no cabe acudir a criterios excesivamente vagos o indeterminados alejados de la prudencia que tal balance exige (conf. doctrina del caso “Halabi, Ernesto”, letra H, N° 270, libro XLII, del 24 de febrero del corriente, considerando 12).

A esos fines, estimo conveniente señalar el criterio de esta Procuración General, al que, recientemente y en lo pertinente, se remitió V.E. al dictar sentencia en los autos caratulados “Derecho, René Jesús s/inc. de prescripción de la acción penal”, letra D, N° 1682, libro XL, resuelta el 11 de julio de 2007), según el cual “el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos no puede constituir fundamento autónomo suficiente para proseguir el ejercicio de una acción penal que ha sido declarada extinguida cuando el hecho investigado no es un delito imprescriptible”.

“Una interpretación armónica y sistemática de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales, la Constitución Nacional y los propios fallos del máximo tribunal interamericano permite afirmar que lo vedado a los Estados por el deber de garantía (artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es el dictado de leyes o de cualquier otra disposición con la finalidad de impedir la investigación y la sanción de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad), pero de ningún modo puede ser entendido como prohibiendo que esos hechos queden sometidos a las reglas generales de extinción de la acción y de procedimiento por la sola razón de que su aplicación pudiera conducir al dictado de una absolución o de un sobreseimiento. Expresado de manera drástica, sería inadmisibles postular que no debería regir la regla de exclusión respecto de una confesión obtenida con tormentos porque ello podría tener como consecuencia que no pudiera continuarse la persecución penal de un delito que constituye una violación de los derechos humanos. Pero

también la autolimitación en el tiempo del poder punitivo estatal, la irretroactividad de la ley penal y tantos otros institutos jurídicos más son igualmente valiosos y poseen rango de derecho fundamental y, en tanto no haya ninguna sospecha de que la modificación del régimen de alguno de ellos obedece exclusivamente al propósito de otorgar impunidad a personas imputadas por graves violaciones de los derechos humanos, no hay razón para su no aplicación a los casos concretos. En síntesis, la obligación de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos lo es en el marco y con las herramientas del Estado de Derecho, y no con prescindencia de ellas.”.

“Esto, naturalmente, deja abierta la cuestión referida a una eventual responsabilidad internacional del Estado si es que se ha dejado de investigar o sancionar por inactividad, morosidad o cualquier otra falta imputable a sus órganos. Lo que no es admisible es que se prosiga una persecución penal *contra legem* del imputado para evitar una eventual condena internacional al Estado.”.

Si bien es cierto que en una oportunidad anterior V.E. revocó la declaración de extinción de la acción de un delito que de acuerdo con las normas del derecho interno se encontraba prescripto (Fallos: 327:5668), no lo es menos que, como se desprende de sus considerandos 5° y 6°, lo que determinó esa decisión fue la existencia de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que imponía al Estado esa solución, en virtud del carácter obligatorio que V.E. sólo reconoce a los fallos contenciosos de ese tribunal internacional (conf. Fallos: 321:3555, considerando 9). Y así se aclaró que la fuerte restricción de los derechos de defensa del imputado –también garantizados por la CADH– que paradójicamente producía el acatamiento de la jurisdicción internacional sólo era admisible en la medida en que tal restricción había sido dispuesta “por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por (la) Convención” (considerando 16).

Desde este punto de vista, entiendo que el principio de solución amistosa propuesto a los querellantes por la rama ejecutiva del gobierno, a fin de elaborar “una agenda tentativa de trabajo en cuyo marco deberían abordarse las siguientes cuestiones: (...) 3) Medidas de apoyo a la investigación, lo que incluye (...) b) Medidas tendientes a garantizar la investigación del atentado y el encubrimiento y las sanciones a los responsables” (acta suscripta el 4 de marzo de 2005, durante el

122º período ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la petición N° 12.204- Asociación Mutual Israelita Argentina), más allá de la valoración positiva que con justicia merece, no es equivalente a aquel acto jurisdiccional que se interpretó de cumplimiento obligatorio para los poderes de Estado.

Por otra parte, estimo que tampoco es posible deducir de ese precedente una regla que quepa extender sin más a otros supuestos, pues ello implicaría pasar por alto que la solución que entonces adoptó el tribunal internacional aparecía estrechamente ligada a consideraciones sobre las particulares circunstancias del caso concreto sometido a su jurisdicción –lo cual naturalmente dificulta su generalización– y que además suscitó serias y expresas reservas por parte de la Corte Suprema (conf. considerandos 12 a 16).

Advierto, sin embargo, que la queja en este aspecto sólo puede prosperar en relación con el delito investigado en la causa N° 792, pues aun cuando la prescripción también fue planteada en la causa N° 822, no puede pasarse por alto que el tribunal oral concluyó que su objeto integraba un único hecho junto con la conducta motivo de análisis en el expediente N° 768 (ver fs. 35vta.), a cuyo respecto no se opuso esa defensa formal.

La circunstancia de que el apelante no se haya hecho cargo de este aspecto –eminentemente de hecho, derecho común y procesal– determina que el reclamo deba ser desestimado en este punto, conforme el criterio establecido desde antiguo por V.E., según el cual a los fines de la admisibilidad del recurso extraordinario no sólo se requiere el planteo de una cuestión federal, sino que ésta guarde relación directa con el contenido de la resolución impugnada, lo que no se cumple cuando, pese a encontrarse en disputa una cuestión federal, el pronunciamiento cuenta con fundamentos de hecho y derecho común que resultan suficientes para la solución integral del caso (Fallos: 300:711; 307:231, entre otros)

– IV –

Tampoco aprecio, con relación a este último hecho, que la apelación en cuanto al fondo observe el requisito de fundamentación del artículo 15 de la ley 48, en tanto constituye una reedición de argumentos vertidos en las instancias anteriores que no traducen sino la discre-

pancia del recurrente con las conclusiones de los jueces en materia de hecho, prueba y derecho común, fundadas en argumentos de la misma naturaleza que, más allá de su acierto o error, impiden la tacha de arbitrariedad.

Entre ellos, cabe reparar en lo expresado por el *a quo* en cuanto a que la tipicidad de la conducta descrita en el artículo 255 del Código Penal no se encuentra influenciada por la cuestión del valor probatorio que eventualmente pudieren ostentar los elementos destinados a servir de prueba al ser efectivamente presentados ante la autoridad competente, razón por la cual carece de relevancia la circunstancia de que fueran de valor nulo para la causa “Amia” por haber sido declarado inválido el allanamiento del domicilio donde fueron secuestrados. (fs. 95/96).

Del mismo modo, entiendo que no puede prosperar la crítica contra la forma en que el *a quo* trató los agravios relativos a la determinación del hecho y la participación del acusado, basada en el argumento de que la sentencia “en realidad reitera los argumentos vertidos por el Tribunal de juicio”, pues la remisión a los fundamentos de primera instancia no hace procedente la tacha de arbitrariedad (Fallos: 311:2293 y 325:316, ambos con sus citas, entre otros) más aún cuando la decisión ha tratado, a través de este proceder, las cuestiones propuestas y conducentes a la solución del caso.

En mi opinión, tal es el supuesto de autos, pues si bien el *a quo* reprodujo parte de la argumentación utilizada por su inferior, lo hizo como parte integrante de su actividad revisora que culminó con el rechazo de los vicios alegados y la afirmación de la idoneidad y pertinencia de aquélla.

Así, de la lectura del pronunciamiento apelado surge que la remisión cuestionada estuvo orientada a demostrar que la valoración probatoria “se (atuvo) a las reglas de la sana crítica racional (fs. 100), para lo cual se analizaron las razones dadas por el tribunal de juicio con el objetivo de aventar la crítica de la defensa sobre la supuesta falta de fundamentación de la condena.

Cabe la misma apreciación respecto de la pena impuesta, pues el *a quo* transcribió, en lo pertinente, los argumentos expuestos por el tribunal sentenciante como manifestación de que la cuestión había

sido resuelta con fundamentos necesarios que permitían descartar las críticas de la defensa. En tales condiciones, es aplicable el criterio de V.E. según el cual la individualización de las sanciones, en tanto observe los límites fijados por las leyes respectivas constituye materia no revisable por la vía del recurso extraordinario (Fallos: 303:449; 304:1626; 311:2619, entre muchos otros).

Debe recordarse, por lo demás, que la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación excepcional y no puede pretenderse, por su intermedio, un nuevo examen de cuestiones no federales cuya solución es del resorte exclusivo de los jueces de la causa, si es que no se demuestran groseras deficiencias lógicas de razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo que impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 325:3265 y sus citas, entre otros).

En mi opinión, contrariamente a lo que sostiene el recurrente, en el fallo se efectuó un adecuado tratamiento de las cuestiones propuestas que satisface lo exigido a los pronunciamientos judiciales, pues cuenta con fundamentación suficiente y constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, todo lo cual descarta el vicio que se le atribuye (Fallos: 329:1541, considerando 4º y sus citas).

– V –

En consecuencia, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, con el alcance indicado en el apartado III, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado. Buenos Aires, 9 de marzo de 2009. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Carlos Antonio Castañeda en la causa Castañeda, Carlos Antonio s/

sustracción y destrucción de medios de prueba –causa N° 768–”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal resolvió no hacer lugar a los planteos de nulidad y prescripción de la acción penal y condenó a Carlos Antonio Castañeda a la pena de cuatro años de prisión como autor del delito de sustracción de elementos destinados a servir de prueba ante una autoridad competente cometido en forma reiterada –dos hechos– (artículo 255 del Código Penal). Recurrida la condena por la defensa, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó la sentencia en cuanto fue materia de impugnación. Contra esa decisión se interpuso recurso extraordinario (fs. 102/120), cuya denegación (fs. 122) motivó la presente queja.

2º) Que, entre otros agravios, la recurrente calificó el fallo de arbitrario, en cuanto no hizo lugar a la excepción de prescripción de la acción penal, por entender que, a pesar de que conforme las reglas de derecho interno la acción penal respecto de los hechos imputados a Castañeda se hallaría prescripta, las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos impedirían que operaran las normas de derecho interno que rigen la materia.

3º) Que según la apelante, el derecho de las víctimas a conocer la verdad, y el deber del Estado de investigar violaciones a los derechos humanos, que constituyeron el objeto del compromiso asumido por el gobierno ante los querellantes en la causa en la que se investiga el atentado a la Asociación Mutual Israelita Argentina, en el marco del trámite de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no podría ser extendido a la imputación a Castañeda, sino que se circunscribe al hecho mismo del atentado. En esta misma dirección, señaló que la sentencia no explicó con qué fundamentos se calificaba a la sustracción de elementos destinados a servir de prueba como una gravísima violación a los derechos humanos cuyo juzgamiento y condena no podría ser impedido por ningún obstáculo del derecho interno.

Asimismo, la apelante criticó que se invoque la posibilidad de que el Estado incurra en responsabilidad internacional, por la posible violación del compromiso mencionado, en desmedro del derecho del

imputado a oponer la defensa de prescripción de la acción penal, con menoscabo de la garantía de defensa en juicio.

4°) Que según se indica en la decisión impugnada, el tribunal de mérito habría aplicado correctamente “la normativa internacional contenida en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional por sobre la ley interna argentina, prevaleciendo el cumplimiento del acuerdo suscripto por nuestro país (evitando sanciones de carácter internacional) motivado en el respeto a la normativa contenida en los pactos de derechos humanos” (fs. 93 vta.). Se hizo referencia, en particular, al derecho a la verdad que “corresponde a todas las víctimas” y dijo que “una solución distinta acarrearía responsabilidades de índole internacional” (fs. 93 vta./94). Se citaron, en apoyo de esta posición, diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de este Tribunal.

5°) Que tal como ha señalado el señor Procurador Fiscal en su dictamen, el pronunciamiento apelado contiene, con relación al punto indicado, serias falencias de fundamentación normativa.

En efecto, el *a quo* se ha limitado a una invocación genérica del derecho a conocer la verdad que asiste a quienes han sido víctimas de violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del deber del Estado de garantizarlo, sin brindar los fundamentos normativos aplicables al presente, ni analizar el alcance del documento suscripto por nuestro país en sede internacional, y mucho menos las razones por las cuales, estimaba, alcanzaba a los hechos investigados en estas actuaciones.

6°) Que tampoco es posible pretender extender al presente la solución del precedente “Espósito” (Fallos: 327:5668). Si bien en ese caso se revocó la declaración de extinción de la acción penal respecto de un delito que se encontraba prescripto conforme las reglas del derecho interno, la decisión tuvo por fundamento la existencia de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esa misma causa, y en la que se le imponía al Estado dicha solución.

7°) Que, en este sentido, y tal como lo expresa el señor Procurador Fiscal, el principio de solución amistosa propuesto a los querellantes por la rama ejecutiva del gobierno, a fin de elaborar “una agenda tentativa de trabajo en cuyo marco deberían abordarse las siguientes

cuestiones: (...) Medidas de apoyo a la investigación, lo que incluye (...) Medidas tendientes a garantizar la investigación del atentado y el encubrimiento y las sanciones a los responsables” (Acta suscripta el 4 de marzo de 2005, 122º período ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, petición N° 12.204, Asociación Mutual Israelita Argentina), no es equivalente al acto jurisdiccional tomado en consideración en el caso citado (Fallos: 327:5668).

8º) Que, en tales condiciones, la decisión apelada carece de fundamentos mínimos que permitan considerarla un acto jurisdiccional válido, por lo que corresponde su descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

9º) Que en atención al carácter previo de la excepción de prescripción de la acción penal no corresponde ingresar al examen de los restantes agravios de la recurrente –vinculados al fondo de la sentencia condenatoria– por cuanto su tratamiento resultaría prematuro.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Notifíquese, agréguese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia parcial*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia parcial*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el infrascripto remite a los considerandos 1º a 4º del voto precedente, que se dan por reproducidos en razón de brevedad.

5º) Que tal como ha señalado el señor Procurador Fiscal en su dictamen, el pronunciamiento apelado contiene, con relación al punto indicado, serias falencias en su fundamentación normativa.

En efecto, el *a quo* se ha limitado a una invocación genérica del derecho a conocer la verdad que asiste a quienes han sido víctimas de violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del deber del Estado de garantizarlo, sin dar una explicación plausible de las razones por las cuales la observancia de esos principios habría de justificar la severa restricción de las garantías del imputado –que, por lo demás, no tuvo intervención en el trámite del compromiso mencionado *supra*– derivadas de la declaración de inaplicabilidad de las reglas de prescripción que lo beneficiaban. Se trata de un conflicto normativo por demás complejo y delicado, que no puede ser resuelto –como se lo hizo– mediante el recurso a criterios vagos e indeterminados y sin examinar las particularidades concretas del caso.

6º) Que tampoco es posible pretender extender al presente la solución del precedente “Espósito” (Fallos: 327:5668). Si bien en ese caso se revocó la declaración de extinción de la acción penal respecto de un delito que se encontraba prescripto conforme las reglas del derecho interno, la decisión tuvo por fundamento la existencia de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esa misma causa, y en la que se le imponía al Estado dicha solución.

7º) Que, en este sentido, y tal como lo expresa el señor Procurador Fiscal, el principio de solución amistosa propuesto a los querellantes por la rama ejecutiva del gobierno, a fin de elaborar “una agenda tentativa de trabajo en cuyo marco deberían abordarse las siguientes cuestiones: (...) Medidas de apoyo a la investigación, lo que incluye (...) Medidas tendientes a garantizar la investigación del atentado y el encubrimiento y las sanciones a los responsables” (Acta suscripta el 4 de marzo de 2005, 122º período ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, petición N° 12.204, Asociación Mutual Israelita Argentina), no es equivalente al acto jurisdiccional tomado en consideración en el caso citado (Fallos: 327:5668).

8º) Que, en tales condiciones, la decisión apelada carece de fundamentos mínimos que permitan considerarla un acto jurisdiccional válido, por lo que corresponde su descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

9º) Que en atención al carácter previo de la excepción de prescripción de la acción penal no corresponde ingresar al examen de los restantes agravios de la recurrente –vinculados al fondo de la sentencia condenatoria– por cuanto su tratamiento resultaría prematuro.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Notifíquese, agréguese y remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

DISIDENCIA PARCIAL DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Visto:

El recurso de hecho deducido por la defensa de Carlos Antonio Castañeda, de cuyo contenido y antecedentes da debida cuenta el señor Procurador Fiscal en los puntos I y II de su dictamen, a los que se remite en honor a la brevedad; y

Considerando, que:

1º) Conforme lo decidido en la causa “Derecho, René Jesús”, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran la responsabilidad del Estado Argentino por defectos en la investigación de hechos criminales comunes no pueden cancelar la vigencia de las reglas jurídicas nacionales referidas a la prescripción de la acción penal (expte. D.1682.XL, sentencia de la fecha, disidencia del Ministro Fayt y la Ministra Argibay).

2º) Si tal estándar ha sido aplicado a dicho precedente, en el que mediaba una sentencia dictada por la mentada Corte internacional, más aún debe regir en este caso. En efecto, aquí la Cámara Nacional de

Casación Penal ha entendido que la posibilidad de declarar la prescripción de la acción penal estaba vedada por la existencia de un acuerdo celebrado entre el Estado Argentino y un grupo de querellantes de la causa en la que se investiga el atentado contra la A.M.I.A. (acuerdo firmado el 4/3/2005 – petición 12.204 – en el marco del 122º período ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por decreto 812/2005).

3º) En tales circunstancias, yerra el tribunal *a quo* al afirmar que “*se ha aplicado correctamente la normativa internacional contenida en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional*” (v. fs. 93 vta.), pues la admisión de responsabilidad del Estado Argentino ante los organismos internacionales no puede acarrear como consecuencia directa la afectación de las garantías constitucionales de una persona imputada por la comisión de un delito común, quien además no ha tenido la posibilidad de ser oída en la instancia supranacional (v., causa “Derecho”, ya citada, considerando 8º de la disidencia del Ministro Fayt y la Ministra Argibay).

4º) En lo que hace al resto de los agravios planteados (materialidad de los hechos, valoración de las pruebas, mensuración de la pena y nulidad del allanamiento), el recurso de hecho es inadmisibile (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja y se deja sin efecto la sentencia recurrida en lo relativo a la excepción de prescripción deducida por la defensa de Carlos Antonio Castañeda. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase.

CARLOS S. FAYT — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho deducido por **Carlos Antonio Castañeda**, representado por el Dr. **Cosme Victorio Rombolá**.

Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal, Juzgados Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal N° 10, 11, 9, 1 y 5, Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, y Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal**.

DERECHO, RENE JESUS

S/ INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL –CAUSA Nº 24079–

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”, corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria, dejar sin efecto el pronunciamiento que confirmó la declaración de extinción de la acción penal por prescripción y sobreseyó parcial y definitivamente en orden al delito previsto por el art. 144 bis del Código Penal y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplieren las pautas fijadas en dicho fallo.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La Corte Suprema, como uno de los poderes del Estado argentino, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional dictada en el caso “Bueno Alves vs. Argentina” que impone, como medida de satisfacción y garantía de no repetición, la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones denunciadas, obligación que si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz, y cuya exégesis debe efectuarse en el marco de lo dispuesto por el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que posee jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino ello no puede implicar (y tampoco lo ha indicado específicamente dicha Corte en su sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”) que la Corte Suprema deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y por la que, en virtud de reglas jurídicas vigentes y de aplicación general, se ha declarado la prescripción de la acción penal con respecto a un delito común que, de otro modo, se tornaría imprescriptible, creándose así judicialmente una tercera categoría de delitos, inexistentes tanto en el orden interno como el internacional (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que el Tribunal a fs. 1603 resolvió confirmar la decisión apelada, por la cual se había declarado extinguida la acción penal por

prescripción y sobreseído parcial y definitivamente en la causa a René Jesús Derecho –arts. 59 inc. 3 y 62 inc. 2 del Código Penal, y 443 inc. 8 y 454 primera parte del Código de Procedimientos en Materia Penal–, a quien se le atribuyó el delito previsto por el art. 144 bis del digesto de fondo.

2º) Que contra ese pronunciamiento, el querellante Carlos A. B. Pérez Galindo dedujo aclaratoria –art. 166 incs. 2 y 3 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, para que, en esencia, el Tribunal indique el auténtico alcance jurisdiccional de la antedicha resolución a la luz del fallo de la Corte Interamericana en el caso “Bueno Alves vs. Argentina” (*).

Además, solicitó que se “*aclare debidamente cuáles serían los fundamentos y motivaciones del voto en disidencia*” que aplicó el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

3º) Que el planteo importa un recurso de revocatoria (Fallos: 314:295 en lo pertinente) y el presente es uno de esos casos por el cual las sentencias del Tribunal pueden ser excepcionalmente corregidas (Fallos: 313:1461; 321:2467 y 323:497, entre otros).

Sin perjuicio de ello, la aplicación de la fórmula citada encuentra sustento en reiterada doctrina de esta Corte (Fallos: 325:2432, entre muchos otros), por lo cual el reclamo a ese respecto no puede prosperar.

4º) Que con relación al mencionado pronunciamiento de la Corte Interamericana, resulta de aplicación al caso de autos, en lo pertinente, las consideraciones expuestas en el precedente “Espósito” (Fallos: 327:5668, votos respectivos de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Highton de Nolasco).

5º) Que por tanto, con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en la sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”, notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007–, corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria articulado, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplan las pautas fijadas en dicho fallo.

Por ello, el Tribunal resuelve: Hacer lugar al recurso de revocatoria deducido a fs. 1627/1633, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte

dictada a fs. 1603/1604 vta. y devolver las actuaciones al tribunal de origen conforme a lo enunciado en los considerandos que anteceden. Notifíquese y cúmplase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que el querellante Carlos A. B. Pérez Galindo dedujo aclaratoria –art. 166 incs. 2º y 3º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– que, por sus términos, importa un pedido de reposición de la decisión de este Tribunal del 11 de julio de 2007, que resolvió confirmar la declaración de extinción de la acción penal por prescripción y sobreseer parcial y definitivamente en la causa a René Jesús Derecho, en orden al delito previsto por el art. 144 bis del código de fondo. Dicho pedido lo fundamenta en lo dispuesto en el punto dispositivo 8º de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bueno Alves vs. Argentina”.

Además, solicitó que se “aclare debidamente cuáles serían los fundamentos y motivaciones del voto en disidencia” que aplicó el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2º) Que aun cuando es criterio reiterado que las sentencias de la Corte no son susceptibles del recurso intentado (conf. Fallos: 311:1788 y 2422; 313:1461 y 325:3380, entre muchos otros), en el caso se presentan circunstancias estrictamente excepcionales que autorizan a apartarse de tal principio (R.896.XLII “Rivadeneira, Rogelio Abel y otros c/ Lian S.A.”, resuelta el 20 de agosto de 2008).

En relación a la aplicación de la fórmula citada encuentra sustento en reiterada doctrina de esta Corte (Fallos: 325:2432, entre muchos otros), por lo cual el reclamo a ese respecto no puede prosperar.

3º) Que, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso “Bueno Alves vs. Argentina”, que fue notificada a este Tribunal con fecha 21 de septiembre de 2007, se refiere a un conjunto de circunstancias denunciadas por el señor Bueno Alves y reconocidas por el Estado argentino, que fueron objeto de investigación en diversos procesos judiciales en el orden interno, entre las que se incluye la causa N° 24.079, cuyo incidente por prescripción de la acción penal tramita actualmente ante estos estrados.

La Corte Interamericana consideró que los hechos denunciados en la instancia internacional constituían un caso de torturas, y que si bien “no significaban que debían ser calificados ‘per se’ como delito de lesa humanidad”, sí se trataban de una vulneración grave de derechos humanos (párrafo 87), y dispuso que el Estado argentino debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea (párrafo 211).

En cuanto al alcance del deber estadual de investigar, precisó que resulta imperativo y que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por acto o disposiciones normativas internas de ninguna índole (párrafo 90). Dicha interpretación ha tenido en cuenta el precedente de esa misma Corte, también pronunciado respecto de nuestro país, en el que se sostuvo que es inadmisibles la invocación de cualquier instituto de derecho interno, entre los que se encuentra la prescripción, que pretenda impedir el cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, en los términos de las obligaciones convencionales contraídas por los Estados. De no ser así, se negaría el efecto útil de las disposiciones de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, y se estaría privando al procedimiento internacional de su propósito básico, por cuanto, en vez de propiciar la justicia, traería consigo la impunidad de los responsables de la violación (conf. Caso “*Bulacio vs. Argentina*”, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo. 116). Asimismo en el caso “*Tibi vs. Ecuador*” (sentencia del 7 de septiembre de 2004), también la Corte Interamericana ordenó al Estado realizar las investigaciones a las violaciones a la integridad física, libertad personal, protección judicial y garantías judiciales de las que fuera víctima el señor Tibi, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los responsables, debiendo abstenerse el Estado de recurrir a figuras

como la amnistía, prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria, con independencia de la naturaleza de los delitos atribuidos a los agentes estatales (párrafos 258/259).

Cabe precisar que cuando la Corte Interamericana ha dado otro alcance a la responsabilidad estadual ha sido categórica (conf. “Alban Cornejo y otros vs. Ecuador”, sentencias de Fondo, Reparaciones y Costas del 22 de noviembre de 2007 y de Interpretación del 5 de agosto de 2008).

Por lo tanto, surge con claridad de la sentencia de la Corte Interamericana que se ha ordenado al Estado argentino, como medida de satisfacción y garantía de no repetición, la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones denunciadas por el señor Bueno Alves, y ello es sin perjuicio de las indemnizaciones impuestas en dicha sentencia (Fallos: 326:3268, voto del juez Maqueda).

Que la exégesis del deber de investigar impuesto en el pronunciamiento internacional debe efectuarse en el marco de lo dispuesto por el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que posee jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), decisión a la que este Tribunal le ha asignado carácter obligatorio (Fallos: 327:5668, voto del juez Maqueda). Asimismo, el deber de cumplimiento corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.

4º) Que, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional que impone la obligación de investigar, que si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz; máxime si se tiene en cuenta las especiales circunstancias detalladas por la Corte Interamericana en cuanto al proceso judicial llevado adelante en nuestro país. Es por ello que corresponde hacer lugar al pedido de revocatoria articulado, dejar sin efecto el pronuncia-

miento apelado con el alcance indicado y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplimenten las pautas fijadas en dicho fallo.

Por ello, el Tribunal resuelve: Hacer lugar al pedido de revocatoria deducido a fs. 1627/1633, y con el alcance indicado, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte dictada a fs. 1603/1604 vta. y devolver las actuaciones al tribunal de origen conforme a lo enunciado en los considerandos que anteceden. Notifíquese y cúmplase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) El 11 de julio de 2007 esta Corte resolvió confirmar la decisión apelada, por la cual se había declarado prescripta la acción penal y, en consecuencia, sobreseído a René Jesús Derecho, a quien se atribuía el delito previsto por el art. 144 bis del Código Penal.

2º) Contra ese pronunciamiento, la querrela dedujo aclaratoria en los términos del art. 166 incs. 2º y 3º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –fs. 1627/1633– para que, en esencia, este Tribunal determine el auténtico alcance de dicha resolución a la luz del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Bueno Alves vs. Argentina*” (sentencia del 11 de mayo de 2007).

El procedimiento que derivó en la mentada sentencia de la Corte Interamericana se inició por una denuncia presentada por Juan Francisco Bueno Alves –querellante en autos y víctima de los delitos que le fueran imputados a René Jesús Derecho– ante la Comisión Interamericana en el año 1994 (es decir, antes de que se hubiesen agotado los recursos ante la jurisdicción interna). Ante tales instancias, el señor Bueno Alves alegó que había padecido denegación de justicia por parte del Estado Argentino en lo referido a la investigación de los hechos que lo habían damnificado.

Tales acontecimientos criminosos (aceptados por el Estado Nacional ante la Comisión Interamericana) fueron, sucintamente, los siguientes: el 5 de abril de 1988, los señores Bueno Alves y Carlos Alberto Pérez Galindo (abogado de la víctima en estos autos), fueron detenidos por personal policial, que además allanó la oficina profesional de este último. Ya en sede policial, y durante la madrugada del 6 de abril, el señor Bueno Alves fue objeto de torturas consistentes en golpes con la mano ahuecada en los oídos y en el estómago, entre otras agresiones, con el fin de que declarara en contra del señor Pérez Galindo.

En su decisión, la Corte Interamericana afirmó que en el caso la Argentina había violado los siguientes derechos del señor Bueno Alves: a la integridad personal, a ser oído por un tribunal judicial en un plazo razonable y a la protección judicial (arts. 5, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Respecto de las deficiencias en la investigación, indicó que: a) la revisión médica de la víctima no fue realizada inmediatamente (párrafo 112); b) la carga de impulsar el proceso recayó en gran parte sobre el propio afectado (párrafo 113); c) tanto el juez como el fiscal tuvieron una actitud notoriamente pasiva (ídem); d) se dejó de lado la investigación de ciertos aspectos del hecho denunciado, tales como los golpes en el estómago (ídem); e) las personas identificadas como responsables de los golpes en contra del señor Bueno Alves no fueron vinculados al proceso sino hasta mucho tiempo después de iniciado el mismo (ídem); f) el proceso tuvo una duración excesiva (párrafo 114); y, g) el señor Bueno Alves no fue oído dentro de un plazo razonable (párrafo 115).

Como consecuencia de tales aseveraciones, la Corte Interamericana dispuso que *“el Estado debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea. El Estado debe asegurar que la víctima tenga pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana”* (párrafo 211).

3º) En su pedido de aclaratoria ante este Tribunal, la querrela afirma que *“existe una tremenda contradicción entre lo que fuese dictaminado por el Sr. Procurador General de la Nación el 1 de septiembre de 2006, a lo que V.E. se remite ‘in toto’ en la sentencia del 11 de julio de 2007, y lo que en contrario fuese decidido tiempo después por la Excm.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos” (fs. 1629/1629 vta.), y prosigue señalando que: “tanto para el Sr. Procurador General, así como para V.E., este caso se encontraría fatalmente concluido, por lo que se habría decidido que el imputado RENE JESUS DERECHO, uno de los principales responsables de los hechos investigados deba gozar de absoluta indemnidad pese a la tremenda gravedad de los hechos acreditados por la aplicación del instituto de la extinción de la acción penal por el efecto de la prescripción, mientras que para un tribunal jurisdiccionalmente superior a V.E., como lo es a todo evento la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, deba suceder a partir de ahora exactamente todo lo contrario” (fs. 1629 vta.).

Finalmente, solicita que se “aclare debidamente cuáles serían los fundamentos y motivaciones del voto en disidencia” por el que se desestimó la queja por aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4º) La presentación, en tanto pedido de aclaratoria, resulta improcedente, ya que la sentencia dictada por este Tribunal es suficientemente clara y no presenta omisiones que deban ser suplidas.

Por otra parte, en lo atinente a la aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el voto en disidencia, tampoco puede prosperar la aclaración solicitada toda vez que es justamente la mentada norma la que establece que es suficiente su sola invocación.

5º) No obstante lo antes señalado, el planteo –en virtud de su contenido– puede ser considerado como un pedido de revocatoria (Fallos: 314:295, en lo pertinente), cuya procedencia se analizará a continuación.

6º) Corresponde, en primer término, señalar que en su recurso de hecho ante este Tribunal, la querella sustentó el pedido de revocación de la resolución apelada en que los delitos atribuidos a René Jesús Derecho, en tanto cometidos por un agente estatal, debían ser considerados crímenes de lesa humanidad y, por ende, imprescriptibles. Esa pretensión fue rebatida por el señor Procurador General, quien entendió que los delitos en cuestión no merecían la calificación pretendida y a este criterio remitió la mayoría de la Corte Suprema en su fallo. Por su parte, la Corte Interamericana, en su sentencia, afirmó que: “comparte el criterio del Estado expresado en su contestación de demanda respecto a que ‘si bien los actos de tortura perpetrados contra

el [señor Bueno Alves] han quedado alcanzados por la protección [...] de la Convención [Americana], ello no significa que deban ser calificados per se como delitos de lesa humanidad', como lo pretende la representante de la víctima, debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil" (párrafo 87).

Como puede apreciarse, la decisión que tomó esta Corte Suprema en cuanto al agravio que le fuera presentado por la querrela coincide con lo que al respecto resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que, en este sentido, no se aprecia la "insalvable contradicción" que refiere el recurrente.

7º) Afirmado lo precedente, corresponde evaluar la pretensión del querellante en cuanto a que la decisión de la Corte Interamericana tenga el alcance de cancelar la prescripción dictada con respecto a René Jesús Derecho para que, de este modo, pueda continuar la investigación de los hechos que se le atribuyen.

Según se reseñó precedentemente, y como consecuencia de la naturaleza de la jurisdicción internacional, la condena de la Corte Interamericana ha recaído exclusivamente sobre el Estado Argentino y comprende no solo el pago de una indemnización sino además la obligación de adoptar todas las medidas que resulten procedentes y necesarias para garantizar a la víctima el pleno goce de sus derechos. Ello, sin embargo, no puede implicar (y tampoco lo ha indicado específicamente la Corte Interamericana en su sentencia) que este Tribunal deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y por la que, en virtud de reglas jurídicas vigentes y de aplicación general, se ha declarado la prescripción de la acción penal con respecto al delito atribuido a René Jesús Derecho.

8º) Si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino, aceptar que ello tenga consecuencias como las que pretende el recurrente implicaría asumir que la Corte Interamericana puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en concreto, que no ha sido parte en el proceso internacional y respecto del cual el tribunal interamericano no declaró, ni pudo declarar, su responsabilidad (Fallos: 327:5668, voto del juez Fayt, considerandos 7º y 9º).

En tales condiciones, una decisión como la que se pretende no sólo implicaría una afectación al derecho de defensa del imputado (que no ha estado presente ni ha sido escuchado en el proceso ante la Corte Interamericana) sino que además colocaría al Estado Argentino en la paradójica situación de cumplir con sus obligaciones internacionales a costa de una nueva afectación de derechos y garantías individuales reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que la integran (Fallos: 327:5668, voto del juez Fayt, considerando 10).

Ello contradiría, además, la regla establecida en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe interpretar sus normas de modo tal que impliquen la supresión del ejercicio de los derechos por ella reconocidos o su limitación más allá de lo fijado en dicha norma internacional o, también, la limitación del goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de un Estado.

9º) Por otra parte, la interpretación que aquí se postula no se contradice con lo afirmado por el tribunal internacional en cuanto a que *“el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole”* (párrafo 90 de la sentencia), pues lo que éste ha entendido inadmisibles —sólo esto pudo hacer— son las disposiciones de prescripción dictadas específicamente con la intención de impedir la investigación de violaciones a los derechos humanos y la sanción de sus responsables, idea que no puede extenderse a previsiones generales de extinción de la acción penal por prescripción aplicables a cualquier caso en el que se investigue la comisión de un delito común (conf. Fallos: 327:5668, voto del juez Fayt, considerando 11).

Debe señalarse, además, que de revocarse la decisión firme adoptada por los tribunales argentinos, el delito común atribuido en estos actuados se tornaría imprescriptible, pues la investigación debería proseguir hasta tanto el o los responsables fuesen juzgados. De este modo, se estaría creando judicialmente una tercera categoría de delitos, inexistente tanto en el orden interno como el internacional, esto es, delitos comunes imprescriptibles.

Como es sabido, la imprescriptibilidad es una regla privativa de los crímenes de lesa humanidad y su traslado antojadizo al ámbito de los

delitos comunes –además de su incorrección técnica– iría en desmedro del arduo camino que recorrió la comunidad jurídica internacional para que los primeros tengan reconocimiento normativo y, a su vez, tornaría borrosos los claros límites entre unos y otros.

Por todo lo expuesto, se rechaza la presentación de fs. 1627/1633. Notifíquese.

CARLOS S. FAYT — CARMEN M. ARGIBAY.

(*) Dicha sentencia dice así:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Caso Bueno Alves Vs. Argentina
Sentencia de 11 de mayo de 2007
(*Fondo, Reparaciones y Costas*)

En el caso *Bueno Alves*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces (1):

Sergio García Ramírez, Presidente;
Cecilia Medina Quiroga, Vicepresidenta;
Manuel E. Ventura Robles, Juez;
Diego García-Sayán, Juez;
Margarette May Macaulay, Jueza, y
Rhadys Abreu Blondet, Jueza;
presentes, además,
Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y con los artículos 29, 31, 53.2, 55, 56 y

(1) El Juez Leonardo A. Franco se inhibió de conocer el presente caso, inhibitoria que fue aceptada por el Tribunal, de conformidad con los artículos 19 del Reglamento y 19 del Estatuto de la Corte. (expediente de fondo, Tomo III, folios 928-929).

58 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), dicta la presente Sentencia.

I

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 31 de marzo de 2006, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió a la Corte una demanda en contra de la República de Argentina (en adelante “el Estado” o “Argentina”), la cual se originó en la denuncia número 11.425, remitida a la Secretaría de la Comisión el 24 de agosto de 1994 por el señor Juan Francisco Bueno Alves. El 21 de septiembre de 1999 la Comisión aprobó el Informe de admisibilidad No. 101/99 y posteriormente, el 7 de marzo de 2005, aprobó el Informe de fondo No. 26/05 (en adelante “el Informe No. 26/05”) en los términos del artículo 50 de la Convención, el cual contiene determinadas recomendaciones para el Estado. La Comisión decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte (2), dado que el Estado, aún cuando había aceptado las conclusiones del Informe No. 26/05, “no [dio] cumplimiento a las recomendaciones formuladas”.

2. La Comisión relató en su demanda que a principios de 1988 el señor Bueno Alves, uruguayo residente en Argentina, de 43 años de edad y artesano marmolero de profesión, inició una transacción de compraventa inmobiliaria con la señora Norma Lage, operación que finalmente se frustró. A raíz de ello, en febrero de 1988 el señor Bueno Alves denunció a la señora Lage por estafa y amenazas por el mencionado intento de transacción, lo que dio inicio a la causa No. 24.519. A su vez, el 10 de marzo de 1988, la señora Norma Lage denunció por estafa y extorsión al señor Bueno Alves y a otros, con base en la misma transacción, con lo cual se abrió el proceso penal No. 25.314. Posteriormente, la causa No. 25.314 fue acumulada a la causa No. 24.519(3).

(2) La Comisión designó como delegados a los señores Florentín Meléndez, Comisionado, y Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo, y como asesores legales a la abogada Elizabeth Abi-Mershed y Víctor H. Madrigal Borloz. Posteriormente, la Comisión agregó como asesores legales a los abogados Lilly Ching y Juan Pablo Albán.

(3) *Cfr.* auto de 25 de abril de 1988 emitido por el Juez Héctor Grieben (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folio 4086).

3. El 20 de marzo de 1988 las partes acordaron rescindir la transacción. Sin embargo, el 5 de abril de 1988, cuando se estaba llevando a cabo una reunión con tal fin, el señor Bueno Alves y su abogado, el señor Carlos Alberto Pérez Galindo, fueron detenidos y la oficina profesional de éste fue allanada. Todas estas acciones fueron realizadas por funcionarios de la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal de Argentina, bajo mandato del juzgado a cargo del proceso penal No. 24.519.

4. Según la Comisión, el señor Bueno Alves fue objeto de torturas consistentes en, *inter alia*, golpes con la mano ahuecada en los oídos, mientras se encontraba en sede policial la madrugada del 6 de abril de 1988, a fin de que declarase contra sí mismo y su abogado, lo cual fue puesto en conocimiento del juez de la causa. A consecuencia de estos golpes el señor Bueno Alves supuestamente sufrió un debilitamiento en la capacidad auditiva del oído derecho y en el sentido del equilibrio.

5. La Comisión sostuvo que, con base en la denuncia de torturas realizada el 8 de abril de 1988, se inició el procedimiento judicial No. 24.079, que culminó sin que se hubiese identificado y sancionado a los responsables de las torturas. La Comisión alegó denegación de justicia en cuanto a la protección y a las garantías judiciales requeridas para la investigación y sanción de responsables.

6. La Comisión requirió a la Corte que declarara que el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de la misma, en perjuicio del señor Bueno Alves. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado determinadas medidas de reparación a favor de la presunta víctima y sus familiares.

7. El 20 de julio de 2006 la apoderada de la presunta víctima, señora Helena Teresa Afonso Fernández (en adelante “la representante”), presentó su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”) en los términos del artículo 23 del Reglamento. Con base en los fundamentos de hecho mencionados en la demanda, la representante solicitó que la Corte declarara que, además

de las violaciones alegadas por la Comisión, el Estado es internacionalmente responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 7 (libertad personal), 11 (protección de la honra y la dignidad) y 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana, y los artículos I, V, VI, XVII, XVIII, XXV, XXVI y XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la “Declaración Americana”). En virtud de ello, solicitó a la Corte que ordenara al Estado la adopción de determinadas medidas de reparación.

8. El 26 de septiembre de 2006 el Estado presentó su escrito de contestación de la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “contestación de la demanda”)(4). En dicho escrito el Estado reiteró, como ya lo había hecho ante la Comisión, “[su] aceptación expresa [a] las conclusiones del Informe No. 26/05”, como así también “las consecuencias jurídicas que de ello se derivan”. Sin embargo, refutó las alegaciones presentadas por la representante en relación con la supuesta violación de los derechos contenidos en los artículos 7, 11 y 24 de la Convención y los artículos I, V, VI, XVII, XVIII, XXV, XXVI y XXVIII de la Declaración Americana, y sus pretensiones sobre reparaciones. A su vez, el Estado informó que el 18 de febrero de 2006 había reiterado ante la Comisión su voluntad de cumplir las recomendaciones del Informe No. 26/05 y le solicitó que de no llegarse a un acuerdo sobre reparaciones con la representante, “el Gobierno y la Comisión, en presentación conjunta, solicit[aran] a la [...] Corte Interamericana [...] que, en su carácter de único órgano jurisdiccional del sistema, determine las reparaciones a que en derecho hubiera lugar”. No obstante, el Estado señaló no haber recibido respuesta formal a dicha solicitud hasta la fecha de la notificación de la demanda.

II COMPETENCIA

9. La Corte Interamericana es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, para conocer el presente caso, en razón de que Argentina es Estado Parte en la Convención Americana desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha.

(4) El Estado designó al señor Jorge Nelson Cardozo como Agente y al señor Alberto Javier Salgado como Agente alterno (expediente de fondo, Tomo I, folio 63).

III PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

10. La demanda de la Comisión fue notificada al Estado y a la representante el 26 de mayo de 2006. Durante el proceso ante este Tribunal, además de la presentación de los escritos principales remitidos por las partes (*supra* párrs. 7 y 8), el Presidente de la Corte(5) (en adelante “el Presidente”) ordenó recibir las siguientes declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidávit*): a) ampliación del testimonio del señor Roberto Horacio Serrago; b) testimonio de la presunta víctima, y c) peritaje contable del señor José Esteban Cornejo. Asimismo, ordenó la realización de pericias médicas y psicológicas llevadas a cabo por equipos de especialistas médicos, psiquiatras o psicólogos designados a partir de ternas propuestas por la representante y el Estado. Además, en consideración a las circunstancias particulares del caso, convocó a la Comisión Interamericana, a la representante y al Estado a una audiencia pública para escuchar la declaración del señor Jorge A. Caride, perito propuesto por la representante, así como los alegatos finales orales sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas en el presente caso.

11. El 22 de enero de 2007 la representante solicitó “se [tenga] por satisfecha [...] la [...] testimonial de[] señor Bueno Alves”, toda vez que las “cuestiones” sobre las que iba a declarar “ya fueron abordadas por los peritos” que realizaron las experticias médica y psiquiátrica (*supra* párr. 10)(6). El testimonio del señor Bueno Alves no fue allegado al Tribunal.

12. El 25 de enero de 2007 la representante solicitó al Tribunal que “autorice a que el [i]nforme pericial [del señor Jorge A. Caride] se produzca ante [f]edatario [p]úblico (*affidávit*)”, puesto que no fue posible “solventar los gastos para cumplir con [su] presencia [...] en la [a]udiencia [p]ública”. Asimismo, pidió que se la excusara de estar presente en la audiencia pública(7).

(5) *Cfr.* Resolución del Presidente de la Corte de 6 de diciembre de 2006, Punto Resolutivo primero (expediente de fondo, Tomo II, folio 559).

(6) *Cfr.* escrito de 22 de enero de 2007 remitido por la representante (expediente de fondo, Tomo III, folio 1009).

(7) *Cfr.* escrito de 22 de enero de 2007 remitido por la representante (expediente de fondo, Tomo III, folio 1032).

13. El 1 de febrero de 2007 el Presidente aceptó la excusa de la representante y señaló que luego de la audiencia pública podría acudir al “procedimiento en el estado en que [éste] se encuentre”, de conformidad con el artículo 27.2 del Reglamento de la Corte.

14. La audiencia pública fue celebrada el 2 de febrero de 2007, durante el LXXIV Período Ordinario de Sesiones de la Corte (8).

15. El 16 de febrero de 2007 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente y con base en el artículo 45.2 del Reglamento, requirió a la representante y al Estado que presentaran determinada información y documentación en calidad de prueba para mejor resolver, la cual fue remitida dentro del plazo establecido.

16. El 7 de marzo de 2007 el Estado envió su escrito de alegatos finales; la Comisión y la representante presentaron sus respectivos escritos el 9 de marzo de 2007.

IV MEDIDAS PROVISIONALES

17. El 22 de enero de 2007 la representante solicitó al Tribunal la adopción de medidas provisionales, ante la supuesta “situación de temor, ten[s]ión, angustia e incertidumbre [provocada por el] acoso [al] que [se] encontra[ban] sometidos por el Estado”(9).

18. Luego de analizados los argumentos que sustentaban dicha solicitud y las observaciones que el Estado presentó al respecto, la Corte resolvió, el 2 de febrero de 2007, desestimarla por improcedente.

(8) A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Florentín Meléndez, Delegado; Elizabeth Abi-Mershed, Juan Pablo Albán y Lilly Ching, asesores, y b) por el Estado: Jorge Nelson Cardozo, Agente; Javier Salgado, Agente Alterno; Gonzalo Bueno, Abogado de la Representación Especial para Derechos Humanos en el Ambito Internacional de la Cancillería; Andrea Gualde, Directora de la Dirección de Asuntos Internacionales de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación; Ana Badillos y Rosana Gargiulo, de la Dirección de Asuntos Internacionales de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación; Juan José Arcuri, Embajador de Argentina en Costa Rica, y Gustavo Alfredo Arambarri, Consejero de la Embajada de Argentina en Costa Rica.

(9) *Cfr.* escrito de 22 de enero de 2007 remitido por la representante (expediente de fondo, Tomo III, folio 1009).

V

ACEPTACIÓN POR PARTE DEL ESTADO DEL INFORME NO. 26/05
DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

19. El 18 de febrero de 2006 el Estado señaló que “acepta[ba] las conclusiones contenidas en el [I]nforme No. 26/05 [(*supra* párr. 8)] y ratifica[ba] su voluntad de cumplir con las recomendaciones que de éste surgen”(10).

20. Posteriormente, mediante comunicación de 30 de marzo de 2006 el Estado manifestó “su plena vocación de cumplir acabadamente las recomendaciones [...]contenidas”(11) en el Informe 26/05. Además, señaló que

los esfuerzos desplegados desde el Gobierno [...] para llegar a un acuerdo con la parte peticionaria en materia de reparaciones pecuniarias –cuyo cumplimiento preferente fuera específicamente solicitado por éstos– han sido infructuosos, habida cuenta de la incompatibilidad de los montos indemnizatorios pretendidos con los estándares internacionales aplicables.

En tal sentido [...] solicit[ó] formalmente [a la Comisión] que [...] eleve el presente caso a la consideración de la [...] Corte Interamericana de Derechos Humanos a efectos de que, en su carácter de único órgano jurisdiccional del sistema, determine las reparaciones debidas a la víctima conforme a los hechos y conclusiones contenidos en el [I]nforme 26/05 (12).

21. En su demanda ante la Corte, la Comisión se refirió a la aceptación del Estado en los siguientes términos:

[h]abiendo aceptado las conclusiones del Informe 26/05, el Estado se allanó en cuanto a las conclusiones de hecho y de derecho del mismo; dicho allanamiento tiene plenos efectos jurídicos. La Comisión considera que el allanamiento estatal constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso (13).

22. En su contestación a la demanda el Estado ratificó que

acepta las conclusiones contenidas en el [I]nforme 26/05 adoptado por la [...] Comisión [...], como así también las consecuencias jurídicas que de ello se deri-

(10) *Cfr.* Nota No. 41/06 de 18 de febrero de 2006 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (expediente de anexos a la demanda, Anexo 3, folio 39).

(11) *Cfr.* expediente de anexos a la demanda, Anexo 11, Tomo III, folio 3673.

(12) *Cfr.* expediente de anexos a la demanda, Anexo 11, Tomo III, folio 3673.

(13) *Cfr.* escrito de demanda (expediente de fondo, Tomo I, folio 4).

van. Sin perjuicio de ello, el Estado formuló observaciones correspondientes a los rubros respecto de los cuales se solicita una reparación, como así también en relación a las personas [...] postuladas como posibles beneficiarios de las mismas, en el marco de las observaciones relativas al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado por la apoderada del señor Bueno Alves.

23. De la misma manera, en la audiencia pública celebrada en el presente caso (*supra* párr. 14), el Agente del Estado manifestó, *inter alia*, que

en orden de su tradicional política de cooperación con los órganos del sistema interamericano el Gobierno argentino decidió aceptar las conclusiones de dicho informe asumiendo su responsabilidad integral en el caso y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

24. Por su parte, en su escrito de solicitudes y argumentos la representante manifestó que “aún luego de la elaboración del [I]nforme No. 26/05 [...] no exist[e] hasta el momento ni siquiera un gesto que demuestre [que el Estado ha] comenzado a cumplimentar una sola de [las recomendaciones de la Comisión]”.

25. A criterio de la Corte, lo manifestado por el Estado constituye un reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos y las violaciones indicadas por la Comisión Interamericana. El Tribunal procederá a continuación a analizar las consecuencias jurídicas que esto tiene.

a) Respecto a los hechos

26. Este Tribunal entiende que el Estado, al haber aceptado las conclusiones del Informe 26/05 (*supra* párrs. 19, 22 y 23) y al no haber controvertido los hechos que la Comisión planteó en su demanda, ha confesado éstos, que constituyen la base fáctica de este proceso.

27. Por lo tanto, cesó la controversia sobre todos los hechos alegados en la demanda, los cuales se tienen por establecidos conforme se detallará en los capítulos siguientes.

b) Respecto a las pretensiones de derecho

28. En su Informe No. 26/05 la Comisión concluyó que el Estado había violado los derechos contemplados en los artículos 5.1, 5.2, 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en

perjuicio del señor Bueno Alves. Estas mismas violaciones fueron las identificadas por la Comisión en su demanda.

29. El Estado aceptó plenamente las conclusiones de la Comisión (*supra* párrs. 8, 19, 20, 22 y 23).

30. Esta Corte considera que la “aceptación” del Estado constituye una allanamiento a las pretensiones de derecho de la Comisión. De esta manera, ha cesado la controversia respecto a la violación de los derechos del señor Bueno Alves enunciados en el párrafo 6 *supra*.

31. Por otra parte, este Tribunal nota que el Estado, en su escrito de contestación a la demanda (*supra* párr. 8),

rechaz[ó] categóricamente la atribución de responsabilidad en el escrito [de solicitudes y argumentos] por la supuesta violación del derecho a la libertad personal consagrado por el artículo 7 de la Convención [...]. Asimismo, el Estado rechaz[ó] que se hubiera vulnerado en perjuicio del señor Bueno Alves, los derechos reconocidos en los artículos 11 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] y concordantes de la Declaración Americana de [los] Derechos y Deberes del Hombre.

32. En consecuencia, la Corte considera que se mantiene la controversia respecto de la supuesta violación de los derechos del señor Bueno Alves consagrados en los artículos 7 (Derecho a la Libertad Personal), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención y “concordantes” de la Declaración Americana.

c) Respecto a las pretensiones sobre reparaciones

33. El Estado, al haber aceptado las conclusiones del Informe No. 26/05, y solicitado expresamente al Tribunal que “determine las reparaciones debidas al señor [...] Bueno Alves”, reconoció el deber que tiene de reparar las violaciones causadas a la presunta víctima. El desacuerdo radica en el tipo, monto y beneficiarios de las reparaciones. De tal manera, el Tribunal declara que existe controversia en estos puntos.

* * *

34. La Corte considera que el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso, al buen despacho de la jurisdicción intera-

mericana sobre derechos humanos, en general, y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana (14).

35. En virtud de que la controversia subsiste en relación con las alegaciones de derecho efectuadas por la representante (*supra* párr. 7), y teniendo en cuenta las atribuciones que incumben a este Tribunal como órgano internacional de protección de los derechos humanos, estima necesario dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos y todos los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, en cuanto la emisión de la Sentencia contribuye a la reparación del señor Bueno Alves, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos (15).

VI PRUEBA

36. Con base en lo establecido en los artículos 44 y 45 del Reglamento, así como en la jurisprudencia del Tribunal respecto de la prueba y su apreciación (16), la Corte procederá a examinar y valorar los elementos probatorios documentales remitidos por la Comisión, la representante y el Estado en diversas oportunidades procesales o como prueba para mejor resolver solicitada por el Presidente, así como las declaraciones testimoniales y periciales rendidas mediante *affidávit*. Para ello el Tribunal se atenderá a los principios de la sana crítica, dentro del marco legal correspondiente (17).

(14) *Cfr. Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 56; *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 148, y *Caso Vargas Areco*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 65.

(15) *Cfr. Caso La Cantuta, supra* nota 14, párr. 57; *Caso Vargas Areco, supra* nota 14, párr. 66; *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 53, y *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 78.

(16) *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 66 a 69; *Caso Servellón García y otros, supra* nota 15, párrs. 32 a 35, y *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 42 a 45.

(17) *Cfr. Caso La Cantuta, supra* nota 14, párr. 59; *Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra* nota 14, párrs. 182 a 185, y *Caso Nogueira Carvalho y otro*. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 55.

A) Prueba Documental, Testimonial y Pericial

37. Por acuerdo del Presidente de la Corte fue recibida la declaración de los siguientes testigos y peritos ante fedatario público:

a) *Roberto Horacio Serrago*: declaró sobre la ocupación del señor Bueno Alves y las cotizaciones de las obras en el rubro de la marmolería, así como sobre los ingresos que percibía el señor Bueno Alves y el hermano de éste en los trabajos que realizaban en el campo de la marmolería.

b) *Doctores Julio Alberto Ravioli, Fernando Emilio Taragano, María del Socorro Nieves y Germán Schlenker*: evaluaron el daño físico y mental o emocional que el señor Bueno Alves ha padecido como producto de las supuestas torturas y violaciones a los derechos a las garantías y protección judiciales; la afectación producida en su vida diaria y en su actividad laboral, y el tratamiento que ha necesitado y necesitaría para mitigar, superar o reducir esos daños, padecimientos o sufrimientos.

c) *Doctor Jorge Alberto Caride*: se refirió al estado de salud del señor Bueno Alves; su historia clínica, así como la evolución de la situación de la presunta víctima desde que el perito lo conoció; las consecuencias de los hechos denunciados en su vida diaria y en la de su familia; el tratamiento que requeriría y su duración, y sus conclusiones a partir de la atención que le ha brindado.

B) Valoración de la Prueba

38. En este caso, como en otros(18), el Tribunal admite el valor probatorio de aquellos documentos presentados oportunamente por las partes que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda.

39. En relación con los documentos remitidos como prueba para mejor resolver (*supra* párr. 15), la Corte los incorpora al acervo probatorio del presente caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 45.2 del Reglamento.

(18) *Cfr. Caso La Cantuta*, *supra* nota 14, párr. 62; *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 188, y *Caso Nogueira Carvalho* y otro, *supra* nota 17, párr. 58.

40. Respecto de la documentación e información solicitada a las partes (*supra* párrs. 10 y 15) y no presentada por éstas, la Corte observa que las partes deben allegar al Tribunal las pruebas que éste les requiera. En efecto, el Presidente ordenó que se recibiese la declaración del señor Bueno Alves rendida ante fedatario público (*supra* párr. 10). Esta declaración debió haber sido remitida por la Comisión, puesto que ella solicitó la prueba. La falta de dicha declaración impidió contar con elementos necesarios para el análisis de las alegadas violaciones.

41. La Comisión, a solicitud de la representante, ofreció nueva documentación referente al trámite llevado ante aquella. La Corte admite esta prueba por considerarla útil.

42. Además de la documentación remitida en calidad de anexos a su escrito de solicitudes y argumentos, la representante presentó prueba adicional en varias oportunidades a lo largo del procedimiento seguido ante la Corte. La representante presentó, *inter alia*: i) copias de piezas procesales de la causa No. 6229/06 referente a la denuncia por sustracción de documentación en la causa No. 24.519, así como también copias de piezas del trámite ante la Comisión; ii) copia legalizada del informe psiquiátrico del señor Bueno Alves de 9 de agosto de 2000, emitido por el doctor Jorge A. Caride; iii) copia de la denuncia de 16 de noviembre de 2006 interpuesta por la representante ante el Ministerio Público por supuestas amenazas en su contra. En la misma se menciona el fallecimiento “en circunstancias dudosas” del señor Alejandro Gastón Oberlander, quien habría sido médico tratante del señor Bueno Alves; iv) copia de la evaluación del doctor Jorge A. Caride de 22 de noviembre de 2006, que señala que debido a su estado de salud el señor Bueno Alves no puede asistir a la audiencia pública convocada en este caso, y copias de piezas del trámite ante la Comisión; v) información referente a la internación del señor Bueno Alves en una clínica privada “debido a una reagudización de su Trastorno Depresivo”; y vi) gestiones realizadas ante la Secretaría de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y ante la Comisión para conseguir apoyo financiero que le permita cubrir los gastos de su pasaje y estadía en Costa Rica.

43. El Estado objetó parte de la prueba acompañada por la Comisión en su demanda “por no constarle [su] autenticidad” y toda aquella presentada por la peticionaria. En general, la prueba objetada consiste en documentación referente al estado de salud del señor Bueno Alves; comprobantes de gastos de viaje; copias de parte de los procesos No. 24.519 y No. 25.314 a cargo de los Juzgados de Instrucción No. 30 y

No. 21, respectivamente; escritos dirigidos a autoridades del Estado argentino y de la Organización de Estados Americanos; presentación contable, y recortes de prensa. De la misma forma, el Estado objetó parte de la prueba adicional presentada por la representante (*supra* párr. 42). Así, señaló que la prueba adjunta (*supra* párr. 42.ii), “exced[e] el objeto de la consulta y avanz[a], con manifiesta improcedencia, sobre otros aspectos de la contestación de [la] demanda realizada por el Estado”. Además, objetó la documentación presentada en relación con la dudosa causa de muerte del señor Oberlander (*supra* párr. 42.iii), indicando que “no se advierte el vínculo entre tales supuestos [...] y el ofrecimiento de prueba en análisis”; y objetó el comprobante de la supuesta internación del señor Bueno Alves (*supra* párr. 42.v) en un establecimiento de salud, en vista de que “no queda claro si se trata de una sugerencia de tratamiento realizada por el profesional [...], o efectivamente se produjo su internación”. Por otra parte, el Estado presentó observaciones a las declaraciones presentadas por la representante.

44. Al respecto, la Corte nota, primero, que una porción de la prueba aportada por la Comisión, cuya autenticidad ha sido cuestionada, corresponde a documentos obrantes en un proceso ante el poder judicial argentino. Este Tribunal no encuentra motivo alguno para no reconocerles valor probatorio.

45. En lo que respecta a la prueba adicional aportada (*supra* párr. 42), la Corte estima que dicha información puede contribuir a la determinación, por parte del Tribunal, de los hechos en el presente caso, en cuanto ilustra aspectos relacionados con el contexto del mismo, la búsqueda de justicia y las pretensiones de la representante en materia de reparaciones. Las mismas consideraciones habrán de aplicarse a las declaraciones testimoniales y periciales ofrecidas por la representante. Por ello, la Corte considera oportuno valorar esta información aplicando las reglas de la sana crítica, dentro del marco legal en estudio, y tomando en cuenta las observaciones del Estado.

46. En relación con los documentos de prensa presentados por las partes, este Tribunal considera que pueden ser apreciados cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, no rectificadas, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso (19) y acreditados por otros medios.

(19) Cfr. *Caso La Cantuta*, *supra* nota 14, párr. 62; *Caso Nogueira Carvalho* y otro, *supra* nota 17, párr. 65, y *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 86.

47. Ahora bien, en cuanto a la información aportada por la representante en relación con la muerte del señor Alejandro Oberlander “en circunstancias dudosas”, la representante no ha presentado, más allá de conjeturas, argumentos suficientes que relacionen de alguna manera esa muerte con los hechos del presente caso, o que siquiera vinculen al Estado con tal acontecimiento. Por ello, esta Corte considera que dicha información no está relacionada con el fin u objeto del presente caso y por consiguiente no será tomada en cuenta. Con esta decisión se atiende a la solicitud del Estado respecto al desglose de dicha documentación (*supra* párr. 43).

48. Por otro lado, junto con la prueba para mejor resolver dispuesta por el Presidente de la Corte, la representante remitió documentos adicionales que no fueron solicitados. Este legajo puede clasificarse en 7 partes. La primera corresponde a copias de documentos ya remitidos anteriormente por la propia representante o por la Comisión Interamericana. La segunda corresponde a copias de la legislación interna. La tercera está compuesta por documentos referentes a transacciones comerciales de compraventa de materiales de construcción (en especial mármol) de distintas empresas, algunas de las cuales aparentemente están relacionadas con el testigo Roberto Serrago (*supra* párr. 37). La cuarta consiste en un contrato de una unión obrera y un convenio colectivo de trabajo. La quinta se refiere a una carta de recomendación laboral a favor del señor Bueno Alves. La sexta corresponde a un contrato entre el hermano del señor Bueno Alves, Delcio Ventura Bueno Alves, y una tercera persona, mediante el cual constituyen la empresa Mármol Centro S.R.L., y algunos documentos relacionados con esta empresa. Finalmente, la séptima corresponde a dos declaraciones: i) la ampliación de la pericia de los médicos Fernando Taragano y Julio Ravioli (*supra* párr. 37), que no se rindió ante fedatario público, y ii) el testimonio del señor Jorge Gustavo Malagamba rendido ante fedatario público (*affidávit*).

49. El Estado indicó que dicha prueba debía ser rechazada, “toda vez que su presentación en esta etapa procesal resulta palmariamente extemporánea”. La Comisión no presentó observaciones.

50. La Corte estima que no es necesario hacer mayores precisiones sobre los documentos presentados que ya habían sido remitidos anteriormente por la propia representante o por la Comisión Interamericana, puesto que ya obraban en el expediente de este caso. La legislación interna y la carta de recomendación a favor de la presun-

ta víctima pueden ser útiles para la apreciación de las pretensiones sobre reparaciones, por lo que se admiten e incorporan al acervo probatorio. Los documentos relativos a transacciones comerciales, así como los contratos obreros y colectivos, que no fueron remitidos oportunamente, se refieren a empresas o personas ajenas o distintas a la presunta víctima y sus familiares, no guardan relación con los hechos de este caso y, en consecuencia, deben ser desestimados. El contrato del hermano del señor Bueno Alves y los documentos relacionados, más allá de informar sobre la creación de una empresa, no aportan datos acerca de este caso, y no fueron presentados oportunamente, por lo que son desestimados. Finalmente, en lo que respecta a las declaraciones remitidas, la Corte resalta que la representante no solicitó al Tribunal o a su Presidente que se autorizara la ampliación de la pericia de los médicos que actuaron en este procedimiento, y que dicha ampliación no fue rendida ante fedatario público. Consecuentemente, no se reconoce valor probatorio a ese documento. En cuanto a la declaración del señor Jorge Gustavo Malagamba, el Presidente de la Corte expresamente señaló en su Resolución de 6 de diciembre de 2006 (*supra* párr. 10) que “el ofrecimiento de la declaración del señor Malagamba no resulta pertinente para la resolución de esta causa”, por lo que resolvió “[n]o requerir a la representante” que la remita. La representante hizo caso omiso de lo dispuesto por el Presidente y remitió esta declaración. Al respecto, el Tribunal considera que esta prueba es inadmisibles, por improcedente, como lo advirtió el Presidente, y así lo declara.

51. Finalmente, la representante, con posterioridad a la remisión de su escrito de alegatos finales, y a la remisión de la prueba para mejor resolver solicitada por el Presidente, presentó documentos adicionales que no fueron solicitados, consistentes en copias de algunas publicaciones de una revista especializada en vivienda y construcción. La representante no alegó fuerza mayor o impedimento grave que le hubiese imposibilitado remitir esa información con anterioridad. Tal documentación fue transmitida al Estado y a la Comisión Interamericana para que presentaran sus observaciones. El Estado solicitó que tal documentación sea rechazada, por extemporánea y porque constituye “una palmaria muestra de deslealtad procesal”. La Comisión no presentó observaciones.

52. Sobre el particular, la Corte decide no incorporar esta documentación al expediente del presente caso, puesto que fue presentada extemporáneamente, sin justificación para ello.

53. Efectuado el examen de los elementos probatorios que constan en el expediente, la Corte pasa a analizar las violaciones alegadas en el presente caso, considerando los hechos ya reconocidos y los que resulten probados (20), incluidos en cada capítulo según corresponda. Asimismo, la Corte recogerá los alegatos de las partes que sea pertinente analizar, tomando en cuenta la aceptación de los hechos y pretensiones formulada por el Estado.

VII DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

54. La representante solicitó a la Corte que declare que el Estado es responsable por la supuesta violación a los derechos consagrados en los artículos I, V, VI, XVII, XVIII, XXV, XXVI y XXVIII de la Declaración Americana.

55. Al respecto, es importante notar lo señalado anteriormente por este Tribunal, en el sentido de que “[p]ara los Estados Miembros de la Organización [de Estados Americanos], la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta” (21). Es decir, “para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales” (22). Lo anterior es plenamente aplicable a Argentina como Estado Miembro de la OEA.

56. Sin embargo, en lo que se refiere a la aplicación de la Declaración hay que distinguir entre las competencias de la Comisión y de la

(20) En adelante, la presente Sentencia contiene hechos que este Tribunal tiene por establecidos con base en la confesión de hechos y allanamiento a las pretensiones de derecho efectuados por el Estado, en el orden y con las precisiones pertinentes respecto de los hechos presentados en la demanda. Algunos de esos hechos han sido acreditados e integrados con otros elementos probatorios, en cuyo caso se consignan las notas al pie de página respectivas.

(21) *Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 45.

(22) *Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89, *supra* nota 21, párr. 45.

Corte Interamericanas, y respecto a esta última, entre sus competencias consultiva y contenciosa.

57. En lo referente a la Comisión, los artículos 1.2.b) y 20 de su Estatuto, el artículo 23 y el Capítulo III de su Reglamento definen la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración.

58. En lo que respecta a la competencia consultiva de la Corte, ya fue establecido con anterioridad que

[t]eniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos (23).

59. Finalmente, respecto a su competencia contenciosa, “la Corte generalmente considera las disposiciones de la Declaración Americana en su interpretación de la Convención Americana” (24), pero

[p]ara los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA (25).

60. En vista de lo anterior, la Corte considera que en el presente caso contencioso podrá utilizar la Declaración Americana, de considerarlo oportuno, en la interpretación de los artículos de la Convención Americana que la Comisión y la representante consideran violados.

(23) Cfr. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89, *supra* nota 21, párr. 44.

(24) Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 63.

(25) Cfr. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89, *supra* nota 21, párr. 46.

VIII
ARTÍCULO 7 (DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL) (26)
DE LA CONVENCION AMERICANA

61. La Comisión Interamericana no alegó la violación del artículo 7 de la Convención en perjuicio del señor Bueno Alves. Las alegaciones al respecto fueron realizadas por la representante de la presunta víctima, quien afirmó que la Comisión, en su demanda, persistió en “su yerro inicial del Informe No. 101/99”, cuando señaló que “el 5 de abril de 1988, el señor Bueno Alves y su abogado fueron detenidos [...] bajo mandato del juez Cardinali a cargo del proceso penal No. 24.519”.

62. A criterio de la representante, fue el juez Héctor Grieben, titular del Juzgado de Instrucción No. 21, quien ordenó la detención del señor Bueno Alves el 5 de abril de 1988 en el marco del proceso No. 25.314 iniciado por la señora Norma Lage.

63. Según la representante, la violación del artículo 7 de la Convención se cometió cuando el Juez No. 21 (a cargo de la causa Lage vs. Bueno Alves y otros), al recibir constancia de que se estaba tramitando con anterioridad otro proceso con los mismos actores y por hechos similares, no comunicó de manera inmediata al Juez No. 30 (a cargo de la causa Bueno Alves vs. Lage) tal situación, y no le envió todas las actuaciones. El Juez No. 21 prosiguió conociendo el sumario y mantuvo a la presunta víctima detenida por espacio de 15 días.

64. El Estado controversió las alegaciones de la representante. Citó a su favor el Informe No. 101/99, mediante el cual la Comisión declaró inadmisibles las alegadas violaciones del artículo 7 de la Convención. Además, el Estado señaló que en el presente caso se han cumplido todos los requisitos básicos de la detención. Según el Estado, el señor Bueno Alves “fue detenido por orden de un juez natural, independiente e imparcial, de conformidad con el principio de legalidad y con arreglo a la legislación vigente. [...] Fue debidamente informado de las razones que

(26) En lo pertinente, el artículo 7 de la Convención establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

motivaron su detención, [...] llevado sin demora alguna ante un juez [e interrogado en] presencia de su propio abogado defensor”.

65. El Estado consideró que el hecho de que hubiera una denuncia presentada por el señor Bueno Alves contra la señora Lage respecto de los hechos relacionados con la compraventa de un inmueble, no proyecta ningún efecto en relación con la legalidad de la detención ordenada por el Juez No. 21, toda vez que ésta se funda en una denuncia contra Bueno Alves formulada por la citada señora Lage, cuyo examen recayó en un magistrado diferente del que instruía la denuncia presentada por la presunta víctima. Para el Estado, la eventual conexidad entre ambas causas no puede suponer que la detención dispuesta por el Juez No. 21 haya sido ilegal.

66. Al respecto, la Corte observa que, efectivamente, la Comisión señaló en su Informe No. 101/99 que:

[n]ada de lo aportado por el peticionario permite a la Comisión concluir que [sus] alegaciones comportan una vulneración de las disposiciones contenidas en el artículo 7 de la Convención [...]. El peticionario fue detenido “por las causas y en las condiciones fijadas de antemano [...] por las leyes de Argentina.

Tampoco se colige de lo sostenido por el peticionario que el juez del proceso No. 24.519, que decretó su detención, actuó de modo ilegal o manifiestamente abusivo, excediendo los límites de discreción razonable en el ejercicio de su magistratura.

En consecuencia, la Comisión concluye que las alegaciones del peticionario sobre su supuesta detención ilegal, aún si se confirman, no caracterizan una violación de la Convención, y en particular de su artículo 7, según lo requieren los artículos 47(b) de la misma y [...] 41(b) del Reglamento de la Comisión. Por el contrario, a criterio de la Comisión, tales alegaciones resultan manifiestamente infundadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 47(c) y 41 (c) del Reglamento de la Comisión.

Y declaró:

inadmisibles las alegaciones contenidas [en] el presente caso sobre [la] violación del artículo 7 de la Convención (27).

67. La Comisión adoptó la decisión anterior conforme a sus atribuciones establecidas en el artículo 47 de la Convención Americana y a su

(27) *Cfr.* Informe de admisibilidad No. 101/99 emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 21 de septiembre de 1999, párr. 69.2 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 2, folios 35 a 37).

propio procedimiento. La Corte no encuentra elementos para modificar en este caso lo ya resuelto por la Comisión Interamericana.

IX

ARTÍCULO 5 (DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL)(28) EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

68. La Comisión Interamericana ha denunciado que Argentina violó el derecho a la integridad personal del señor Bueno Alves “en razón de su sometimiento a torturas mientras se encontraba bajo la custodia del Estado”. La representante de la presunta víctima presentó alegaciones en el mismo sentido.

69. El Estado confesó la alegada violación al derecho a la integridad personal del señor Bueno Alves, lo que ha sido valorada positivamente por esta Corte (*supra* párr. 34). No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal considera pertinente analizar en este capítulo ciertos aspectos relativos a aquélla.

70. Por otro lado, aún cuando la Comisión Interamericana y la representante no hayan alegado expresamente la violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de los familiares de la presunta víctima, han referido que éstos sufrieron ciertas afectaciones de las que derivaría, según su criterio, el derecho a recibir reparaciones. El Estado tuvo la posibilidad de controvertir estas alegaciones, lo que en efecto hizo (*infra* párr. 97). En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta el principio *iura novit curia*, que autoriza al Tribunal, siempre y cuando se respete la situación fáctica delimitadora de la causa, a calificar la situación o relación jurídica en conflicto de manera distinta a como lo hicieran las partes, resulta oportuno analizar si en el presente caso los familiares del señor Bueno Alves han sufrido una violación a su integridad personal (*infra* párrs. 96 a 104).

(28) El artículo 5 de la Convención dispone, en su parte pertinente, que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

A) Respecto al señor Juan Francisco Bueno Alves

71. El 8 de abril de 1988 el señor Bueno Alves denunció en su primera declaración ante el juez que ordenó su detención, que

[e]l día 6 del actual [mes de abril] a la hora 1 aproximadamente, en el interior de su lugar de detención, en una oficina que decía “Anti-secuestro”, del Departamento Central de Policía, en donde estaba alojado, el mismo Oficial de Policía [que procedió a su detención] –del que ignora su nombre, apellido y jerarquía, pero que le dijo era abogado, y que vestía de civil–, le aplicó golpes con la mano ‘ahuecada’, en ambos oídos, sintiendo en este momento, a raíz de ello, una dificultad en el oído derecho, sintiendo como zumbidos, y por ello solicita examen médico. No sólo este oficial le aplicó estos golpes, sino que otra persona, también vestida de civil, se colocó detrás del dicente, por orden de ese Oficial, y también le aplicó golpes con sus manos ‘ahuecadas’, sobre el oído derecho. Que al ser golpeado de esta manera, el dicente reaccionó diciendo ‘mátenme’, por lo que el Oficial hizo una seña al otro policía, y éste le apoyó un arma de fuego sobre la sien derecha. También fue insultado en relación a su nacionalidad (29).

72. El 4 de mayo de 1988 el señor Bueno Alves amplió su declaración inicial y reiteró que fue golpeado “en los oídos con la palma de la mano ahuecada produciéndole dolores, zumbidos que aún persisten”, y agregó que “también fue golpeado en el estómago con golpes de puños, los cuales cesaron al manifestar [...] que tenía úlcera”. Asimismo, señaló que fue privado de su medicación para la úlcera. El señor Bueno Alves refirió que “dichos golpes fueron para que conf[esara] o declarara en contra del Dr. Pérez Galindo”(30), quien había sido su abogado hasta ese entonces.

73. El señor Bueno Alves posteriormente identificó a René Jesús Derecho(31) como el policía que lo detuvo y maltrató, y al policía Horacio Soto como quien “habría presenciado la agresión padecida por él, [y] se r[e]ía mientras lo agredían, pero no intervi[no] activamente”(32).

(29) *Cfr.* declaración indagatoria del señor Juan Francisco Bueno Alves de 8 de abril de 1988 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 7, folio 223).

(30) *Cfr.* ampliación de la declaración del señor Juan Francisco Bueno Alves de 4 de mayo de 1988 ante el Juzgado de Instrucción 13 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folios 364 y 365).

(31) *Cfr.* acta de ratificación de declaración con fila de personas de 14 de marzo de 1989 ante el Juzgado de Instrucción 13 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folios 509).

(32) *Cfr.* acta de ratificación de declaración con fila de personas de 14 de marzo de 1989 ante el Juzgado de Instrucción 13 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folios 508).

No pudo identificar a la persona que también lo habría golpeado siguiendo órdenes del señor Derecho.

74. De la prueba ofrecida, así como de la confesión del Estado respecto a los hechos del presente caso (*supra* párr. 26), la Corte tiene por demostrado que el señor Bueno Alves fue golpeado en los oídos(33) y en el estómago, insultado en razón de su nacionalidad y privado de su medicación para la úlcera, por agentes policiales, mientras se encontraba detenido bajo su custodia(34), con el fin de que confesara

(33) El Informe médico elaborado por el doctor José Bello el 26 de abril de 1988 constató una “[p]erforación de la membrana timpánica de 2mm. de diámetro” con “déficit auditivo” que se encontraba “en vías de cicatrización”. Este diagnóstico fue confirmado en varios exámenes médicos posteriores. Dos médicos forenses identificaron el 13 de mayo de 1988 la existencia de una “perforación del tímpano derecho con hipoacusia localizada en los tonos 4000 y 8000”. Se llevó a cabo un nuevo informe médico el 7 de diciembre de 1988, el cual confirmó la existencia de una “hipoacusia perceptiva derecha con caracteres típicos de hipoacusia” En ampliación de los informes de 13 de abril y 13 de mayo de 1988 se produjo un nuevo informe médico el 20 de diciembre de 1988, el cual concluyó que “la perforación timpánica del oído derecho ha[bía] desaparecido persistiendo la hipoacusia perceptiva en ese oído con los caracteres típicos de hipoacusia” El 16 de junio de 1992 se realizó otro examen médico, el cual señaló que “[e]l estudio audiométrico realizado en la fecha muestra una hipoacusia perceptiva derecha” y que las “características audiométricas descritas son compatibles con un deterioro auditivo unilateral perceptivo (cortipatía)”. Por último, en el presente procedimiento internacional se llevó a cabo una nueva pericia médica que concluyó que en la membrana timpánica de la víctima hay “un adelgazamiento [...] de aproximadamente 2 mm., secuela de una perforación”. (Informes médicos elaborados por los doctores Julio Alberto Ravioli, Jorge A. García Blanco, José Bello y Mariano Castex. Expediente de anexos a la demanda, Tomos I, II y III, Anexos 7 y 8, folios 307 a 309, 440, 441, 464, 866, 867 y 1045).

(34) El informe del estudio otorrinolaringológico del señor Bueno Alves llevado a cabo el 13 de mayo de 1988 concluyó que “la lesión descrita admite una relación causal con el traumatismo denunciado. [...] El mecanismo determinante es compatible con la versión dada por nuestro examinado siendo de observación en estos casos que este tipo de lesiones se ocasionan con traumatismo aplicados con las palmas de las manos en los pabellones auriculares lo que aumenta bruscamente la presión en el conducto auditivo externo provocando con ello la perforación timpánica y la impulsión de la cadena de huesecillos del oído hacia el oído interno” El informe médico elaborado por los doctores Julio Alberto Ravioli, Jorge García Blanco y Mariano Castex el 20 de diciembre de 1988 sostuvo que la “lesión auditiva del oído derecho guarda una cu[á]druple relación de causalidad (cronológica, topográfica, etiológica y sintomática) con el traumatismo referido por el causante [...] y en consecuencia, estimamos que la antigüedad de la dolencia data de dicha época”. En el presente procedimiento internacional los peritos médicos designados por el Presidente de la Corte concluyeron en su informe de 19 de enero de 2007 que la “lesión [...] en oído derecho [...] es compatible con un traumatismo, el cual dejó como secuela una hipoacusia leve en dicho oído” Por su parte, el Informe médico del 16 de junio de 1992, indica que “se excluye factores de

en contra del señor Pérez Galindo(35), quien también se encontraba detenido(36).

75. Una vez que se ha tenido por demostrado los hechos señalados en los párrafos anteriores, queda por determinar si tales actos constituyen tortura. Previo a ello, la Corte resalta que el Estado no objetó la calificación de “tortura” que la Comisión y la representante dieron a tales hechos. Es más, el propio Estado en su contestación a la demanda se refirió al trato padecido por la presunta víctima como “hechos de tortura”. No obstante la existencia de esta admisión, que en otras vertientes del enjuiciamiento relevaría al Tribunal de hacer mayor análisis, el Tribunal entra a hacer las consideraciones de derecho pertinentes.

76. En primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas(37).

naturaleza tóxica, vasculares y heredodegenerativas” (Informes médicos elaborados por los doctores Julio Alberto Ravioli, Jorge García Blanco, Mariano Castex y José Bello. Expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexos 7 y 8, folios 308, 309, 440, 441, 866 y 867 e informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nuevas y Schlenker. Expediente de fondo, Tomo III, folios 1042 y 1045).

(35) A la misma conclusión llegó el juez que decretó el sobreseimiento de la causa penal en la que se inculpó al señor Bueno Alves. En efecto, teniendo en cuenta los dichos del señor Pérez Galindo respecto a que “la Policía Federal, por medio de la División de Defraudaciones y Estafas, había utilizado esta causa para lograr un allanamiento de su estudio profesional, en atención a la calidad de Defensor de uno de los principales implicados en el resonado caso ‘SIVAK’”, el mencionado juez consideró que tales explicaciones “aparecen con fundamento” y se “levanta con firmeza la posición y las explicaciones que diera el imputado PEREZ GALINDO como verdadero móvil de las diligencias policiales practicadas”. *Cfr.* Sentencia de 5 de octubre de 1988 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 7, folios 245 a 253).

(36) *Cfr.* orden de allanamiento y diligencia de allanamiento de 5 de abril de 1988 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Anexo A1, folios 4030, 4031 y 4034).

(37) *Cfr.* *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 271; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 117, y *Caso*

77. Los tratados de alcance universal (38) y regional (39) consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser torturado. Igualmente, numerosos instrumentos internacionales consagran ese derecho y reiteran la misma prohibición (40), incluso bajo el derecho internacional humanitario (41).

78. Ahora bien, para definir lo que a la luz del artículo 5.2 de la Convención Americana debe entenderse como “tortura”, la Corte debe tomar en cuenta la definición que al respecto hace la primera parte del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante “CIPST”) (42), así como las diversas definiciones

García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 222.

(38) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 7; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Art. 2; Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 37, y Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Art. 10.

(39) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 2; Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, Art. 5; Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño, Art. 16; Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), Art. 4, y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Art. 3.

(40) Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principio 6; Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Art. 5; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Regla 87(a); Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, Art. 6; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), Regla 17.3; Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, Art. 4, y Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo, Directriz IV.

(41) Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), Arts. 49, 52, 87 y 89, 97; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), Arts. 40, 51, 95, 96, 100 y 119; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), Art. 75.2.ii, y Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), Art. 4.2.a.

(42) El artículo 2 de la CIPST dispone, en su parte pertinente que:

Para lo efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin [...] .

contenidas en algunos de los instrumentos citados en el párrafo anterior. Esto es particularmente relevante para el Tribunal, puesto que conforme a su propia jurisprudencia, “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”(43). Esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección(44).

79. En razón de lo expuesto, la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito(45).

(43) Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 156; *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 126, y *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 144.

(44) Cfr. *Caso Tibi*, *supra* nota 43, párr. 144; *Caso de los Hermanos Gómez Paqui-yauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 165, y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 192 y 193.

(45) Lo anterior es además consistente con la jurisprudencia de este Tribunal. Así, en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú* la Corte subrayó que entre los elementos constitutivos de la tortura está incluida “la intervención de una voluntad deliberadamente dirigida a obtener ciertos fines, como obtener información de una persona, o intimidarla o castigarla” (Cfr. *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 97). Después, en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, este Tribunal concluyó que “los actos denunciados [...] fueron preparados e infligidos deliberadamente, con el fin de obtener de Efraín Bámaca Velásquez información relevante para el Ejército. Según los testimonios recabados en el presente proceso, la supuesta víctima fue sometida a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado período de tiempo con los fines antes mencionados y, así, puesta en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional, lo que no puede calificarse sino como tortura, tanto física como psicológica” (Cfr. *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 158). En el caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala* la Corte indicó que “entre los elementos de la noción de tortura establecidos en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura se incluyen métodos para anular la voluntad de la víctima con el objeto de obtener ciertos fines, como información de una persona, o intimidación o castigo, lo que puede ser perpetrado mediante violencia física, o a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo. [...] Algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas psíquicas, particularmente los actos que han sido preparados y realizados

80. La Corte pasa ahora a analizar los hechos del presente caso a la luz de lo indicado en el párrafo previo.

i) Intencionalidad

81. Las pruebas que constan en el expediente acreditan que los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito.

ii) Finalidad

82. El señor Bueno Alves denunció en su declaración ante el juez que investigaba los actos de maltrato (*supra* párr. 71) que éstos tuvieron como propósito que confesara en contra de quien era su abogado, el señor Carlos Alberto Baltasar Pérez Galindo. En vista de ello y teniendo en cuenta la aceptación del Estado, la Corte considera que los maltratos tuvieron como finalidad específica forzar la confesión del señor Bueno Alves.

deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma” (Cfr. *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrs. 91 y 93). En el caso *Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú* la Corte señaló que “entre los elementos de la noción de tortura [...] se encuentra el infligir a una persona sufrimientos físicos o mentales con cualquier fin”, y citó como ejemplo de esto que, “[e]n general, en las situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos, el uso sistemático de tortura tiene como fin el intimidar a la población”. (Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*, *supra* nota 44, párr. 116). Posteriormente, en el caso *Tibi vs. Ecuador* la Corte afirmó que los “actos de violencia perpetrados de manera intencional por agentes del Estado contra el señor Daniel Tibi produjeron a éste grave sufrimiento físico y mental. La ejecución reiterada de estos actos violentos tenía como fin disminuir sus capacidades físicas y mentales y anular su personalidad para que se declarara culpable de un delito. En el caso *sub judice* se ha demostrado, además, que la presunta víctima recibió amenazas y sufrió hostigamientos durante el período de su detención, que le produjeron pánico y temor por su vida. Todo ello constituye una forma de tortura, en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana” (Cfr. *Caso Tibi*, *supra* nota 43, párr. 149). En el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago* la Corte realizó un análisis objetivo de la pena corporal de flagelación y declaró que ésta constituye una “forma de tortura” y una violación *per se* del derecho a la integridad personal, así como una “institucionalización de la violencia”. Al igual que en los casos mencionados anteriormente, el Tribunal tomó en cuenta la intencionalidad, la severidad del sufrimiento y la finalidad del trato, antes de calificarlo como tortura (Cfr. *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 72 y 73.).

iii) Sufrimiento

83. Finalmente, al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal (46).

84. El sufrimiento que el señor Bueno Alves padeció queda evidenciado en su testimonio inicial, en el que especifica que “al ser golpeado de esta manera, [...] reaccionó diciendo ‘mátenme’” (47). De igual forma, cobran especial relevancia los efectos físicos que el trato produjo. Según los hallazgos de los peritos médicos que presentaron sus informes (*supra* párr. 37), el tratamiento padecido por el señor Bueno Alves le produjo una “[p]erforación de la membrana timpánica de 2mm. de diámetro” (48), que conllevó una pérdida de la audición del 0,3% en el oído izquierdo y 16.7% en el oído derecho, así como severos padecimientos psicológicos. En efecto, los peritos psiquiatras que actuaron en este proceso expusieron que:

En relación a los hechos de la litis [...] su relato es claro, emotivo pero a la vez pudoroso. No resulta grandilocuente ni busca causar impacto emocional en el oyente. Su relato resulta verosímil. [...] A partir de ese episodio, ocurrido hace más de 18 años, todo hecho de su existencia parece quedar asociado, de una manera u otra, a dicho episodio. Como sintomatología reactiva al mismo refiere [...] fallas amnésicas, trastornos en el dormir, estado de alerta y temores permanentes, inactividad laboral total y un estilo de vida social y afectiva supeditada al sistema de recaudos y seguridades instaurado a posteriori del episodio del 88. Es ahí, siempre según sus dichos, puntualmente durante la detención que sufriera, que comienza con trastornos alimenticios y en la piel. [...] Su actividad mental y también su vida cotidiana [...] parecen capturadas por el tema. Tema que parece ser la razón de su existir. Toda su energía psíquica está

(46) *Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra* nota 44, párr. 74, y *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57.

(47) *Cfr.* testimonio del señor Bueno Alves de 8 de abril de 1988 (expediente de anexos a la demanda, anexo 7, folio 223).

(48) *Cfr.* Informe médico elaborado por el doctor José Bello el 26 de abril de 1988 (expediente de anexos a la demanda, anexo 7, folio 307).

puesta allí. Ha montado un sistema de constantes recaudos, acompañado de una actitud hipervigilante. [...] No aparecen indicadores de simulación (49).

85. Además, los peritos concluyeron que los trastornos producidos por los maltratos impidieron e impiden al señor Bueno Alves “desarrollar sus actividades cotidianas”, y requieren la continuidad de un tratamiento psiquiátrico psicológico “de por vida” (50).

86. Por todo lo anterior, y tomando en consideración la confesión del Estado (*supra* párrs. 19, 22, 23 y 26 a 29), esta Corte considera que los hechos alegados por la Comisión y la representante, y probados en este caso, constituyeron tortura en perjuicio del señor Bueno Alves, lo que implica la violación por parte del Estado al derecho consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la persona mencionada.

87. Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, la Corte comparte el criterio del Estado expresado en su contestación de demanda respecto a que “si bien los actos de tortura perpetrados contra el [señor Bueno Alves] han quedado alcanzados por la protección [...] de la Convención [Americana], ello no significa que deban ser calificados *per se* como delitos de lesa humanidad”, como lo pretende la representante de la víctima, debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil (51).

* * *

88. Respecto de la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, la Corte ha señalado que ésta implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (52). La obligación de

(49) *Cfr.* informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nieves y Schlenker (expediente de fondo, Tomo III, folios 1051 y 1052).

(50) *Cfr.* informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nieves y Schlenker (expediente de fondo, Tomo III, folios 1063 y 1065).

(51) La Corte Interamericana ha indicado que los crímenes contra la humanidad incluyen “la comisión de actos inhumanos [...] cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. (*Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 16, párr. 96)

(52) *Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 344; *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 14, párr. 78 y *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 16, párr. 147.

investigar se ve reforzada por lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, de acuerdo con los cuales el Estado se encuentra obligado a “tomar[...] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción”, así como a “prevenir y sancionar [...] otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de esta Convención,

cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

89. En igual sentido, el Tribunal ha señalado anteriormente que:

a la luz de la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en conjunto con el derecho a la integridad personal conforme al artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de dicho tratado, existe la obligación estatal de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura (53).

90. En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado (54).

91. En el siguiente capítulo de esta Sentencia la Corte analizará en detalle los procedimientos iniciados para investigar la tortura sufrida

(53) Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, supra nota 14, párr. 345; *Caso Vargas Areco*, supra nota 14, párr. 79, y *Caso Gutiérrez Soler*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 54.

(54) Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, supra nota 14, párr. 347; *Caso Vargas Areco*, supra nota 14, párr. 81; *Caso Goiburú y otros*, supra nota 15, párr. 164 y 165, y *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 137, 139 y 141.

por el señor Bueno Alves, pero considera oportuno examinar desde ahora los efectos que la falta de respuesta judicial han tenido para la integridad personal del señor Bueno Alves.

92. En efecto, la Comisión alegó que

el daño psicológico causado por las torturas se ha visto exacerbado por el rechazo de sus reclamos ante el poder judicial. El señor Bueno Alves intentó con todos los medios a su alcance superar la impunidad reinante en este caso, y solamente recibió denegación consistente por parte de las autoridades judiciales. El sufrimiento y la angustia se originan en las torturas y se agravan debido a la impunidad persistente.

93. La representante presentó argumentos en el mismo sentido y el Estado no ha controvertido ninguna de estas alegaciones.

94. Del peritaje psicológico efectuado por orden del Presidente de la Corte (*supra* párr. 37) se desprende que

la ausencia de respuesta por parte del sistema judicial argentino [...] ha afectado [al señor Bueno Alves]. El grado es grave pues se tradujo en un síndrome delirante, depresivo y adaptativo.

[...]

Los procedimientos que [el señor Bueno Alves] alega haber seguido y la falta de respuesta a los mismos, que han actuado como estresores crónicos, han contribuido a su incapacidad laboral (55).

95. En vista de ello, la Corte considera que la falta de respuesta judicial afectó la integridad personal del señor Bueno Alves, lo que hace responsable al Estado por la violación del derecho contemplado en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la víctima.

B) Respecto a los familiares del señor Juan Francisco Bueno Alves

96. Tanto la Comisión como los representantes señalaron que la familia del señor Bueno Alves también se vio afectada por los hechos del caso. Incluso la representante indicó que uno de los hermanos de

(55) *Cfr.* informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nievas y Schlenker (expediente de fondo, Tomo III, folios 1063 y 1064).

aquél, Delcio Ventura Bueno Alves, y la madre de ambos, Tomasa Alves De Lima, padecieron la desgracia de Juan Francisco, sufriendo un grave quebranto en su salud que les provocó posteriormente la muerte. La Comisión y la representante individualizaron a los miembros de la familia del señor Bueno Alves (para quienes solicitaron reparaciones) de la siguiente manera: Tomasa Alves De Lima (madre); Delcio Ventura Bueno Alves y Manuel Bueno Alves (hermanos); Inés María del Carmen Afonso Fernández (ex esposa); Juan Francisco Bueno (hijo), Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno (hijas); Sergio Oscar Roldán (yerno); Patricia Marcela Mereles (nuera); Carolina Elizabeth Mereles, Cristian Rodrigo Mereles, Marco Gabriel Bueno Mereles, Juan Manuel Bueno, Mariana Gisele Bueno, Francisco Ernesto Roldán Bueno y Daniela Inés Roldán Bueno (nietas y nietos).

97. El Estado manifestó que no existen pruebas que permitan afirmar que hubiera un “nexo causal” entre los hechos de este caso y la muerte del hermano y la madre de la víctima; que los nietos de la víctima ni siquiera habían nacido al momento de los hechos; que no existe constancia del vínculo del yerno y la nuera de la víctima con sus respectivos hijos; que no se aportaron pruebas que acrediten el grado en que todos los familiares padecieron y se involucraron en la situación que atravesó la víctima, y que no se ha demostrado que los familiares hayan padecido una alteración en sus condiciones de existencia, sus relaciones familiares y sociales y sus posibilidades de desarrollar sus propios proyectos de vida.

98. En la prueba aportada al Tribunal figura un certificado del médico tratante del señor Bueno Alves, señor Jorge A. Caride, el cual relata que:

el hermano Delcio Ventura padec[ió] un infarto[,] y a consecuencia de él, fallec[ió] a los 49 años, al parecer también influido por la tensión que toda la familia soportaba.

En el año 2001 fallec[ió] la madre, Sra. Tomasa Alves de Lima.

El resto de la familia del Sr. Bueno Alves no ha quedado libre de padecer distintos cuadros compatibles con trastornos por ansiedad y con necesidad de algún tipo de tratamiento [...]. Especialmente su hija Verónica Inés, que en el momento de la detención contaba con 14 años de edad. También la esposa del Sr. Bueno Alves, Sra. Inés María del Carmen.

Todo lo referido debe entenderse como la suma de complicaciones con deterioro anímico y económico, no s[ó]lo del Sr. Bueno Alves, sino de toda la [familia].

Además de la hija mencionada [...], tiene otros dos hijos: Juan Francisco [e] Ivone Miriam; un yerno[,] Sergio Roldán[,] y cuatro nietos: Mariana, Francisco, Daniela y Jonathan, los cuales por los acontecimientos desencadenados a partir de la detención del Sr. Bueno Alves, no han podido contar con él de un modo adecuado(56).

99. El señor Caride también rindió declaración ante fedatario público (affidávit), en la que señaló que “[d]urante los últimos años[,] varios miembros de [la] familia [del señor Bueno Alves] se hallan en tratamiento psicológico”, y que los hechos de este caso fueron “llevando lentamente [al señor Bueno Alves] a un deterioro de sus relaciones familiares hasta llegar al divorcio”(57).

100. Los peritos psiquiatras concluyeron que la víctima “presenta posiblemente trastornos en sus vínculos familiares y que este tipo de afecciones generan sobrecarga familiar”, y aconsejaron la continuidad del tratamiento psicológico del “grupo de sostén” de la víctima (58).

101. Finalmente, la trabajadora social que presentó su declaración ante fedatario (affidávit) público indicó que el señor Bueno Alves le mencionó “que lo ocurrido lo ha afectado emocionalmente y ha repercutido y conmocionado a su entorno familiar”. Asimismo, relató que en la actualidad la víctima

se encuentra conviviendo con su ex-esposa, su hija [Verónica Inés], su yerno y sus dos nietos, primando la unión familiar y una buena vinculación afectiva entre los integrantes. El señor Bueno Alves también sostiene un vínculo unido y afectivo con sus otros hijos y nietos, lo que indica que prevalece un núcleo familiar contenedor en el plano afectivo(59).

102. Esta Corte ha afirmado, en otras oportunidades, que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas(60). Entre los extremos a considerar se encuen-

(56) Cfr. expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 4, folios 63 y 64.

(57) Cfr. informe pericial (affidávit) del doctor Caride (expediente de fondo, Tomo III, folios 1217 y 1218).

(58) Cfr. informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nievas y Schlenker (expediente de fondo, Tomo III, folios 1063 y 1065).

(59) Cfr. informe de la trabajadora social Rull de 16 de marzo de 2007 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado, folios 5624 y 5625).

(60) Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, supra nota 14, párr. 335; *Caso Vargas Areco*, supra nota 14, párr. 83, y *Caso Goiburú y otros*, supra nota 15, párr. 96.

tran la existencia de un estrecho vínculo familiar, las circunstancias particulares de la relación con la víctima, la forma en que el familiar fue testigo de los eventos violatorios y se involucró en la búsqueda de justicia y la respuesta ofrecida por el Estado a las gestiones realizadas (61).

103. Para apoyar la vinculación afectiva necesaria para considerar a los familiares como víctimas de hechos violatorios al artículo 5 de la Convención Americana en este caso, solamente hay evidencia de esa relación entre el señor Bueno Alves y su madre (62), ex esposa (63) e hijos (64), y no con sus hermanos, nietos, yerno y nuera. Tampoco resulta suficiente la prueba aportada para imputar la muerte de la madre y el hermano de la víctima a los hechos padecidos por ésta.

104. En vista de lo anterior, el Tribunal considera que únicamente los integrantes del núcleo familiar más íntimo del señor Bueno Alves, esto es, su madre, ex esposa e hijos, son víctimas de la violación del artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por el perjuicio emocional que padecieron por las torturas que aquél sufrió a manos de agentes del Estado y la posterior denegación de justicia.

(61) *Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra* nota 14, párr. 335; *Caso Servellón García y otros, supra* nota 15, párr. 128, y *Caso Bámaca Velásquez, supra* nota 45, párr. 163.

(62) La señora Tomasa Alves De Lima, madre del señor Bueno Alves, falleció el 28 de enero de 2001, es decir, con posterioridad a los hechos. *Cfr.* partida de defunción expedida por la Oficina de Registro de Estado Civil del Uruguay el 16 de febrero de 2001 (expediente de fondo, Tomo III, folio 1309).

(63) La señora Inés María del Carmen Afonso Fernández estuvo casada con el señor Bueno Alves hasta el 20 de octubre de 1993, es decir, con posterioridad a los hechos. *Cfr.* sentencia de divorcio No. 140 de 20 de octubre de 1993 (expediente de fondo, Tomo III, folios 1289 y 1290).

(64) El hijo y las hijas del señor Bueno Alves son el señor Juan Francisco Bueno y las señoras Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno. *Cfr.* partidas de nacimiento de 26 de octubre de 1975 y 26 de enero de 1977, emitidas por la Dirección General del Registro del Estado Civil del Uruguay, y libreta No. 482488 del matrimonio Roldán-Bueno, emitida por la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de Buenos Aires (expediente de fondo, Tomo III, folios 1037, 1294 y 1292).

X

ARTÍCULOS 8 (GARANTÍAS JUDICIALES) (65) Y 25 (PROTECCIÓN JUDICIAL) (66) EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

105. La Comisión alegó que “aun cuando los tribunales nacionales fueron puestos sobre aviso de indicios de abuso, los demorados [...] procesos llevados a cabo no aclararon los hechos denunciados”. Particularmente en lo que respecta al sumario No. 24.079, la Comisión alegó que las autoridades judiciales no realizaron un esfuerzo diligente para investigar las circunstancias precisas bajo las cuales Bueno Alves fue hospitalizado. Ello se refleja, a criterio de la Comisión, en los sobreseimientos dictados por la autoridad judicial, que se fundó en insuficiencia probatoria. Indicó también que el Estado tramitó el proceso penal como si estuviese determinado por una acción civil entre partes privadas. Adicionalmente señaló que, si bien el señor Bueno Alves no denunció los golpes en el estómago y la privación de medicamentos hasta casi un mes después de su detención, limitando así ciertos medios de investigación, esto no relevó al Estado de su deber de actuar con la diligencia debida. Destacó también que la decisión final del proceso No. 24.079 fue emitida cerca de 9 años después de los hechos. Finalmente, la Comisión sostuvo que el Estado no informó al señor Bueno Alves sobre su derecho a ponerse en contacto con el funcionario consular de su nacionalidad.

106. La representante, además de adherirse a los puntos señalados por la Comisión, indicó que el Estado no mostró interés en responder a la petición de justicia de la víctima.

(65) El artículo 8.1 (Garantías Judiciales) de la Convención establece que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(66) El artículo 25.1 (Protección Judicial) de la Convención señala que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

107. El Estado aceptó las conclusiones de la Comisión respecto a las violaciones a los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima útil hacer algunas referencias sobre las violaciones alegadas.

108. En relación con la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha señalado que ésta implica el deber del Estado de investigar adecuadamente posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (67). En lo que respecta a la investigación y documentación eficaces de aquélla y de éstos son aplicables los siguientes principios: independencia, imparcialidad, competencia, diligencia y acuciosidad, que deben adoptarse en cualquier sistema jurídico y orientar las investigaciones de presuntas torturas.

109. En el presente caso, a partir de la denuncia efectuada por el señor Bueno Alves, surgió para el Estado la obligación de investigar exhaustivamente los hechos, tomando en cuenta, además, que éstos se habrían producido mientras la víctima se encontraba bajo custodia policial.

110. El Juez No. 21, que ordenó la detención del señor Bueno Alves, tomó conocimiento de los supuestos “golpes en los oídos” el 8 de abril de 1988, mismo día en el que personalmente recibió la declaración indagatoria del señor Bueno Alves. En esa fecha, el juez ordenó la elaboración de un examen médico con carácter de “muy urgente” en relación con estas denuncias. Dicho examen médico se practicó el 13 de abril de 1988 por médicos legistas (68), quienes no pudieron formular mayores conclusiones y señalaron la necesidad de practicar un examen otorrinolaringológico, que finalmente se llevó a cabo el 26 de abril de 1988 (69).

111. Es importante enfatizar que en los casos en los que existen alegatos de supuestas torturas o malos tratos, el tiempo transcurrido para la realización de las correspondientes pericias médicas es esencial para determinar fehacientemente la existencia del daño, sobre todo cuando no se cuenta con testigos más allá de los perpetradores y las

(67) *Cfr. Caso Vargas Areco, supra* nota 14, párr. 78; *Cfr. Caso Ximenes Lopes, supra* nota 16, párr. 147, y *Caso de la Comunidad Moiwana, supra* nota 24, párr. 92.

(68) *Cfr.* expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folio 354.

(69) *Cfr.* expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folio 442.

propias víctimas, y en consecuencia los elementos de evidencia pueden ser escasos. De ello se desprende que para que una investigación sobre hechos de tortura sea efectiva, la misma deberá ser efectuada con prontitud.

112. Siendo crucial para la determinación de los hechos el desarrollo de una pronta investigación, el Tribunal considera que la revisión médica del señor Bueno Alves debió ser inmediata.

113. En otro orden, la Corte observa que en la sustanciación de la causa No. 24.079 las autoridades judiciales no investigaron los hechos con diligencia y la carga procesal recayó en gran parte sobre el señor Bueno Alves. El rol que jugaron el Ministerio Público y el Juez fue notoriamente pasivo. El último se limitó la mayor parte del tiempo a recibir las solicitudes de prueba de la parte querellante, algunas de las cuales nunca fueron resueltas favorablemente, mientras que el primero no procuró allegar toda la evidencia que podría resultar útil para establecer la verdad de los hechos. Asimismo, se dejaron de lado las investigaciones pertinentes a la denuncia de golpes en el estómago y la privación de medicamentos. Por otra parte, las personas identificadas como responsables de los golpes en contra del señor Bueno Alves no fueron vinculados al proceso sino hasta mucho tiempo después de iniciado el mismo, y a pesar de que el señor Bueno Alves refirió la presencia de un tercer individuo mientras se le aplicaban los golpes en el oído y en el estómago, no se procuró identificar a ese sujeto. En suma, el proceso penal no identificó ni sancionó a ningún responsable, dependió casi exclusivamente de la actividad de la víctima y no culminó en las reparaciones de los daños causados a ésta.

114. Del mismo modo, la Corte observa que, conforme a lo expuesto por la Comisión y al expediente obrante ante el Tribunal, el proceso judicial inició en el mes de abril de 1988 y terminó con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 15 de abril de 1997. Es decir, tuvo una duración aproximada de 9 años.

115. Teniendo en cuenta la confesión del Estado y los criterios establecidos por este Tribunal respecto al principio del plazo razonable⁽⁷⁰⁾, la Corte coincide con la Comisión en que el señor Bueno Alves no fue oído dentro de un plazo razonable, tal y como lo dispone el artículo 8.1 de la Convención Americana.

(70) Cfr. *Caso La Cantuta*, supra nota 14, párr. 149; *Caso Ximenes Lopes*, supra nota 16, párr. 196, y *Caso de las Masacres de Ituango*, supra nota 43, párr. 289.

116. Finalmente, la Corte observa que no existe elemento probatorio alguno que demuestre que el Estado haya notificado al señor Bueno Alves, como detenido extranjero, de su derecho de comunicarse con un funcionario consular de su país a fin de procurar la asistencia reconocida en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. El extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho a establecer contacto con un funcionario consular e informarle que se halla bajo custodia del Estado. La Corte ha señalado que el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión. En este sentido, la Corte también ha señalado que el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo (71).

117. Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta la aceptación del Estado, la Corte concluye que Argentina violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Bueno Alves.

XI

ARTÍCULO 11 (PROTECCIÓN DE LA HONRA Y LA DIGNIDAD) (72) DE LA CONVENCION AMERICANA

118. La representante alegó que en el presente caso ha existido indiferencia y desinterés del Estado por la honra, dignidad y vida de la víctima, así como las de su familia. Indicó que el señor Bueno Alves fue injuriado y calumniado al serle atribuida “la comisión de un delito

(71) *Cfr. Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 125; *Caso Tibi*, *supra* nota 43, párrs. 112 y 195; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 130, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 86, 106 y 122.

(72) El artículo 11 de la Convención establece que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

doloso y una conducta criminal”, circunstancia que lo desacreditó en su medio social, lesionó su reputación profesional y afectó “sobremanera a su grupo familiar”.

119. La Comisión no alegó la violación de este artículo.

120. El Estado rechazó los alegatos de la representante señalando que resultan extemporáneos, toda vez que en su denuncia ante la Comisión, el señor Bueno Alves no hizo referencia a la mencionada violación y, en consecuencia, se trata de agravios nuevos y extemporáneos, sobre los cuales no puede operar el agotamiento del procedimiento previsto por los artículos 48 y 50 de la Convención.

121. La Corte ha establecido que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta (73). En relación con este último punto, la Corte ha señalado que no es admisible alegar nuevos hechos distintos de los planteados en la demanda, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que fueron mencionados en ésta, o bien, responder a las pretensiones del demandante. Asimismo, ha indicado que la excepción a esta regla opera en el caso de hechos supervinientes, es decir, de hechos que aparecen después de que se han presentado los escritos del proceso (demanda; escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, y contestación de la demanda) (74).

122. Teniendo en cuenta lo señalado en el párrafo anterior y que esta es una cuestión de derecho y no de hecho, el Tribunal entra al análisis de la alegada violación del artículo 11 de la Convención. Al respecto, la Corte ha considerado que “un proceso judicial no constituye, por sí

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

(73) *Cfr. Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 280; *Caso López Alvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 145 y *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 59.

(74) *Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 162; *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 43, párr. 89, y *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 68.

mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona. El proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento”. De sostenerse lo contrario, “quedaría excluida de plano la solución de los litigios por la vía contenciosa”(75). Por ello, la Corte considera que en el presente caso no se comprobó la existencia de violación del artículo 11 de la Convención por parte del Estado.

XII

ARTÍCULO 24 (IGUALDAD ANTE LA LEY)(76) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

123. La representante de la víctima alegó que el Estado violó el artículo 24 de la Convención, pero se limitó a enunciar dicha violación sin proveer a este Tribunal alegatos específicos para sustentar sus dichos. Sólo señaló que tal derecho se habría violado en perjuicio del señor Bueno Alves, “un ciudadano extranjero”.

124. La Comisión no presentó alegatos respecto a la violación de este derecho. Resulta aplicable al respecto el párrafo 121 de esta Sentencia.

125. El Estado rechazó estos alegatos en los mismos términos planteados con respecto a las alegaciones efectuadas por la representante respecto a la violación del artículo 11 de la Convención (*supra* párrs. 8 y 120).

126. La Corte nota que además de los supuestos insultos proferidos en contra del señor Bueno Alves (77), analizados en el Capítulo IX de esta Sentencia en conjunto con los otros maltratos sufridos, no existe prueba de que la víctima haya recibido un trato discriminatorio. Como se estableció en el párrafo 82 *supra*, las torturas que padeció no estuvieron vinculadas con su nacionalidad.

(75) *Cfr. Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 177.

(76) El artículo 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención establece: “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

(77) *Cfr.* declaración indagatoria de 8 de abril de 1988 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folio 345).

127. En función de lo anterior, esta Corte concluye que no se ha violado el artículo 24 de la Convención.

XIII

REPARACIONES

(APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)(78)

128. Es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente(79). En sus decisiones a este respecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana.

129. En el marco de la aceptación efectuada por el Estado (*supra* párrs. 8, 19, 20, 22 y 23), de acuerdo con las consideraciones sobre el fondo expuestas y las violaciones a la Convención declaradas en los capítulos anteriores, así como a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcances de la obligación de reparar (80), la Corte procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y por la representante respecto a las reparaciones, con el objeto de disponer las medidas tendientes a reparar los daños.

A) Parte lesionada

130. La Corte procederá ahora a determinar qué personas deben considerarse “parte lesionada” en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana y consecuentemente acreedores a las reparaciones que fije el Tribunal.

131. En primer lugar, la Corte considera como “parte lesionada” al señor Juan Francisco Bueno Alves, en su carácter de víctima de las

(78) El artículo 63.1 de la Convención establece que:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

(79) *Cfr. Caso La Cantuta*, *supra* nota 14, párr. 199; *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 413, y *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 14, párr. 139.

(80) *Cfr. Caso La Cantuta*, *supra* nota 14, párrs. 201 y 202; *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 162, y *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, *supra* nota 19, párrs. 143 y 144.

violaciones en su perjuicio que fueron probadas, por lo que es acreedor a las reparaciones que fije el Tribunal por concepto de daño material e inmaterial, en su caso.

132. Asimismo, considera como “parte lesionada” a los familiares del señor Bueno Alves que fueron declarados víctimas de la violación al derecho consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, a saber, las señoras Tomasa Alves De Lima, Inés María del Carmen Afonso Fernández, Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno, y el señor Juan Francisco Bueno. Los familiares de la víctima son acreedores a las reparaciones que el Tribunal fije por concepto de daño inmaterial y material, en su caso, en su carácter de víctimas.

B) Indemnizaciones

133. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y los supuestos en que corresponde indemnizarlo (81).

134. En el presente caso, la Comisión sostuvo que el señor Bueno Alves y su familia debieron realizar esfuerzos económicos importantes para reclamar justicia y solventar los tratamientos psicológicos necesarios, además de que los padecimientos sufridos por la víctima le impidieron continuar sus tareas y labores. Por su parte, la representante solicitó a la Corte que ordene al Estado que indemnizara a la víctima por los siguientes conceptos: a) “daño al patrimonio”; b) “lucro cesante”; c) “daño físico”, que dividió en: i) “incapacidad sobreviviente”, y ii) “gastos médicos, farmacéuticos, de curación y de rehabilitación”; d) “daño emergente futuro”, y e) “gastos de defensa [y] traslados”. A continuación la Corte pasa a examinar cada una de estas peticiones. Para facilitar el análisis, utilizará la terminología usada por la representante.

a) “daño al patrimonio”

135. Según la representante, el señor Bueno Alves “debía recibir un importe por la resolución de la operación de compraventa que había realizado” con la señora Lage. Dicho monto ascendería a US\$ 21.000,00 (veintiún mil dólares de los Estados Unidos de América). Esta cantidad fue supuestamente secuestrada por el Estado y “jamás le fue reintegrada”. La representante agrega “los intereses compensatorios” hasta

(81) Cfr. *Caso La Cantuta*, supra nota 14, párr. 213; *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, supra nota 14, párr. 423; *Caso Vargas Areco*, supra nota 14, párr. 146.

el 30 de junio de 2006, y reclama que el Estado salde la suma total de US\$ 309.353,40 (trescientos nueve mil trescientos cincuenta y tres con 40/100 dólares de los Estados Unidos de América).

136. El Estado señaló, *inter alia*, que “dicho reclamo no puede integrar la indemnización debida por el Estado [...], toda vez que dicha operación resultó [de] un acto entre particulares [...] del que el Estado fue absolutamente ajeno”.

137. Al respecto, la Corte nota que no se demostró en el fuero interno que el señor Bueno Alves hubiera sido víctima de un delito por el fallido intento de compraventa de un inmueble, o que hubiese tenido derecho al reembolso de alguna cantidad de dinero por esta transacción frustrada. Incluso en el supuesto que se aceptara rembolsar al señor Bueno Alves el pago que presuntamente realizó, dicha obligación recaería en quien recibió el dinero y no en el Estado. Del mismo modo, la Corte no encuentra evidencia que demuestre que agentes estatales hayan secuestrado la cantidad reclamada. Por lo tanto, son improcedentes las pretensiones de la representante por “daño al patrimonio”.

b) “*lucro cesante*”

138. La representante argumentó que “[l]as secuelas de las lesiones sufridas, tanto en el orden corporal como psíquicas, pusieron fin a [la] actividad laboral [del señor Bueno Alves,] ya que su incapacidad se tornó total, no pudiendo generar ningún tipo de renta necesario para el mantenimiento de la familia”. La representante utilizó como base de cálculo para sus pretensiones por lucro cesante el ingreso que supuestamente percibía el señor Bueno Alves, y solicitó que se contabilizara el monto adeudado desde el 12 de enero de 1988 hasta la edad de jubilación obligatoria en Argentina, que es de 65 años para los varones. El monto total que por este rubro reclama como indemnización asciende a US\$ 15'689.696,00 (quince millones seiscientos ochenta y nueve mil seiscientos noventa y seis dólares de los Estados Unidos de América).

139. En sus alegatos finales escritos el Estado señaló que “asume, definitivamente, que el señor Bueno Alves tiene el legítimo derecho a ser reparado conforme al grado de incapacidad determinado por las pericias, todo ello de acuerdo a la responsabilidad que [la] Corte considere imputable al Estado”.

140. Vistas así las cosas, la Corte entiende que no hay controversia entre las partes respecto a que el señor Bueno Alves debe ser indemnizado por la incapacidad laboral que sufre a consecuencia de los hechos. Las divergencias surgen acerca del monto de las indemnizaciones. Para resolver el asunto, la Corte analizará la prueba aportada para determinar: i) ingreso que el señor Bueno Alves percibía al momento de los hechos; ii) porcentaje de incapacidad laboral que tiene; iii) mitigación del daño, y iv) si el señor Bueno Alves dejó totalmente de percibir ingresos a partir de los hechos.

i) ingreso del señor Bueno Alves

141. La representante considera que la Corte debe tener por establecido que el señor Bueno Alves ganaba entre \$ 15.000,00 (quince mil australes) y \$ 20.000,00 (veinte mil australes). Como fundamento cita la declaración indagatoria que la víctima rindió ante el Juez No. 21 en la causa No. 25.314. En esta declaración la víctima expuso:

por trabajar por cuenta propia, no tiene una suma fija mensualmente de entrada, pero hay ocasiones en que gana una suma mensual de quince a veinte mil australes, aproximadamente, término medio(82).

142. Para la representante, esta declaración tiene “absoluta fuerza legal y por ende, incuestionable valor de documento público para entender que se encuentren plenamente acreditados los ingresos mensuales de la víctima”. Por su parte, el Estado objetó el alegado ingreso mensual y la fuerza probatoria de la declaración indagatoria.

143. El Tribunal estima que la declaración indagatoria de la víctima no basta por sí sola para demostrar su ingreso mensual, aunque aquella conste en un documento presentado en este procedimiento. Dicho documento, que recoge una alegación de parte, ofrece un indicio que debe ser cotejado con el resto del acervo probatorio. Téngase en cuenta además que en tal declaración el señor Bueno Alves señaló que “no tiene una suma fija”, que en “ocasiones” percibía ese ingreso, que “trabaja[ba] por cuenta propia [...] ganando una suma que no es estable”, y que no “posee propiedad, ni automóviles, ni cuenta bancaria, ni bienes de ninguna naturaleza”(83). A lo anterior debe sumarse que el señor Bueno Alves indicó en una ocasión anterior que percibía

(82) *Cfr.* expediente de anexos a la demanda, Anexo 11, Tomo II, folio 3050.

(83) *Cfr.* expediente de anexos a la demanda, Anexo 11, Tomo II, folio 3053.

un salario mensual de \$ 4.000,00 (cuatro mil australes). Todas estas inconsistencias reafirman el criterio de la Corte en el sentido de que no puede tomarse la declaración de la víctima como prueba plena de su ingreso mensual.

144. La restante prueba remitida por la representante consiste en unos folletos de la empresa Menfis y una certificación suscrita por la directora de tal empresa, así como distintos folletos publicitarios, sobre supuestos trabajos que el señor Bueno Alves habría realizado, y dos declaraciones testimoniales rendidas ante fedatario público (affidávit), así como la ampliación de una de ellas.

145. En cuanto a los folletos, la Corte considera que aunque podrían demostrar que la víctima realizó tales trabajos, no acreditan que su salario ascendía a la cantidad reclamada.

146. Respecto a los affidávits, fue presentada la declaración del señor Demetrio González, quien solía prestar sus servicios a la empresa CAMPOLONGHI S.A. Refiere que conoció al señor Bueno Alves y a su hermano, Delcio Ventura Bueno Alves, ya que estos tenían una relación comercial con tal empresa; que eran “los marmoleros recomendados a los principales clientes y en los casos de obras de envergadura o de mayor complejidad”; que su trabajo era de buena calidad; que la empresa procesaba una cantidad de 1.000 m² de material, de los cuales 35 a 40% era provisto a los hermanos Bueno Alves para “ser colocado”; y dejó de ver a éstos en la empresa “desde mediados de 1988”. Por su parte, el testigo Roberto Horacio Serrago, quien sería presidente de la firma “Todo Mármol”, declaró que los hermanos Bueno Alves eran “muy requeridos en el ramo por su capacidad de desarrollo en obra y calidad de trabajo”; que se trataba de artesanos con la maquinaria, material y personal adecuados; que eran recomendados por dicha firma; que realizaron trabajos en “obras de importancia”, y cesó su relación con la empresa en 1988. El mismo testigo, al ampliar su declaración inicial, manifestó que el señor Bueno Alves y su hermano eran profesionales artesanos que se movían dentro del mercado de la marmolería de manera independiente; que no puede dar “por seguro un monto fijo de ingresos de ninguno de los hermanos”; y que ambos se dividían las ganancias que percibían en partes iguales. Finalmente, el testigo hizo un cálculo basándose en los “ingresos relacionados con el mármol procesado y entregado” por su empresa a los hermanos Bueno Alves. El resultado de sus cálculos arrojó que los hermanos percibían un “in-

greso neto mensual” de US\$ 7.740,00 (siete mil setecientos cuarenta dólares de los Estados Unidos de América); es decir, que cada uno de ellos tenía un ingreso de US\$ 3.870,00 (tres mil ochocientos setenta dólares de los Estados Unidos de América).

147. A criterio de la Corte, estos testimonios demuestran que el señor Bueno Alves y su hermano eran artesanos marmoleros con prestigio, pero no permiten apreciar los ingresos mensuales que la víctima tenía. La representante no ha presentado otro tipo de documentos, como podrían ser recibos o facturas de los trabajos realizados, contratos con las diferentes empresas o libros de contabilidad de la sociedad de los hermanos Bueno Alves. Debe tenerse en cuenta, además, que conforme a las certificaciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos, y de la Administración Nacional de la Seguridad Social, presentadas por el Estado, no existen constancias de que el señor Bueno Alves hubiese pagado impuestos o registrado aportes por los supuestos ingresos mensuales que tenía.

148. En suma, el Tribunal carece de documentación suficiente que le permita tener por demostrado que el señor Bueno Alves ganaba lo que dijo ganar y no considera apropiado utilizar los cálculos del contador José Esteban Cornejo, remitidos por la representante, ya que toman como base un salario que no ha sido probado.

149. A solicitud del Tribunal, el Estado remitió las estimaciones oficiales desde 1988 hasta el año 2006 de las remuneraciones reales y totales que perciben los obreros de la construcción (84), un informe del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos referido a los índices de las categorías laborales del rubro de la albañilería y hormigón armado desde enero de 1993 hasta enero de 2007 (85), y leyes en materia laboral (86).

(84) *Cfr.* informe del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de 6 de marzo de 2007 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado, Tomo I, folios 5663 y 5664).

(85) *Cfr.* informe del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de 9 de marzo de 2007 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado, Tomo I, folio 5642.)

(86) *Cfr.* Ley de Contrato de Trabajo No. 20.744, Ley 21297. Régimen de contrato de trabajo. Modificación del aprobado por Ley 20.744. Derogación de la Ley 20.695; Ley de Asociaciones Sindicales No. 23.551, Convenio Colectivo de Trabajo –Construcción. Obreros en general. 76/75 y Acuerdos Salariales 83/05 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado, Tomo I, folios 5665 a 5810).

150. Al respecto, la representante manifestó que “jamás podría utilizarse el coeficiente de[] salario promedio de un obrero, cuando [el señor] Bueno Alves jamás lo fue, dado que siempre actuó por cuenta propia, [...] como empresario”.

151. El Tribunal entiende que las funciones específicas del señor Bueno Alves no eran de un obrero de la construcción sino de un artesano marmolero que actuaba por cuenta propia. No obstante, ante la falta de medios probatorios suficientes, que la representante debió proveer a la Corte, tomará en cuenta los documentos oficiales indicados y los valorará en conjunto con el resto del acervo probatorio, haciendo uso de la sana crítica.

ii) incapacidad laboral

152. La Comisión y la representante alegaron que los daños producidos al señor Bueno Alves son permanentes. La representante consideró además que la víctima tiene incapacidad total para trabajar. Por su parte, el Estado sostuvo que no “puede predicarse que [las] supuestas afecciones [físicas] tuvieran calidad de daño permanente”.

153. El Estado también señaló que existen hechos en la vida personal y familiar del señor Bueno Alves, anteriores a las torturas, que habrían creado una “patología mental [...] preexistente”, siendo ésta “el terreno predisponente que permite y explica que los hechos traumáticos se asentaran del modo en que lo hicieron”, y que para “la determinación del daño psíquico no resulta claro cuál fue el hecho traumático que incidió decisivamente en la patología que hoy presenta [el señor] Bueno Alves”.

154. Quedó establecido que el señor Bueno Alves sufre daños físicos y psicológicos. Los peritos médicos que actuaron en este caso (*supra* párr. 37) indicaron que la discapacidad auditiva del señor Bueno Alves corresponde a una pérdida del 0,3% en el oído izquierdo y 16,7% en el oído derecho, con discapacidad global (para los dos oídos) de 2,35%. Esta incapacidad, según los peritos, “no debería ocasionarle trastornos en su vida cotidiana”. Los expertos indicaron que en razón de su profesión, “en los primeros meses posteriores al traumatismo, debido a la falta de equilibrio, debería tener una incapacidad temporal”. Dicha falta de equilibrio se corrigió. Estimaron que la pérdida auditiva es permanente. Los peritos concluyeron que “[]a posibilidad de haber continuado

trabajando en su profesión u oficio luego de los hechos denunciados no fue ni es posible imputarlo a causas físicas [...]. Desde el punto de vista físico no surgen elementos de juicio que hagan suponer una incapacidad para realizar otro tipo de actividades laborales”.

155. Por otro lado, los peritos psiquiatras indicaron que el señor Bueno Alves

presenta un trastorno delirante del tipo mixto persecutorio y de grandiosidad. Un trastorno depresivo mayor, recidivante, en remisión parcial, y un trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y el comportamiento. Lo descrito se ha instalado sobre un trastorno de personalidad previo[. De acuerdo a su relato biográfico el citado trastorno de la personalidad se puso de manifiesto en la adolescencia. En cambio, el cuadro clínico detectado en el examen actual [...] reconoce una relación de causalidad directa con los hechos denunciados y perdura hasta la actualidad. [...] Los daños sufridos generaron un impacto psicológico que impidió e impide al señor Bueno Alves desarrollar sus actividades cotidianas. Respecto al grado y porcentaje de impedimento y tomando en cuenta la actividad global para el trabajo y específica para su profesión se considera una pérdida del 65% para el primero y del 100% para el segundo(87).

156. De lo anterior, la Corte concluye que el señor Bueno Alves tuvo una incapacidad laboral de orden físico durante los primeros meses siguientes a la tortura. Posteriormente, aun cuando la víctima presentaba una lesión permanente en sus oídos, sobretudo el derecho, no estaba impedida físicamente para continuar el ejercicio de su profesión o dedicarse a otro oficio. No obstante, tiene una incapacidad total (100%) de carácter psíquico para dedicarse a su profesión, y una incapacidad parcial (65%) para dedicarse a otro oficio. En otras palabras, como consecuencia de los hechos de este caso el señor Bueno Alves no pudo, no puede y no podrá continuar con su profesión de artesano marmolero, y sólo está en condiciones de dedicarse, de manera muy limitada, a otro oficio.

157. En concepto de la Corte el Estado debe considerar a la víctima, por regla general, en la condición en la que se encontraba antes de los hechos lesivos. Si una acción estatal agrava una condición preexistente, o incluso causa la muerte de la víctima, el Estado es responsable por todas esas consecuencias, pues las mismas no se hubieran producido de no haber mediado la acción estatal.

(87) *Cfr.* informe pericial (affidávit) de los doctores Ravioli, Taragano, Nievas y Schlenker expediente de fondo, Tomo III, folios 1062 y 1063).

158. En este caso, si bien es cierto que el señor Bueno Alves tenía problemas previos de personalidad, los mismos no le impedían ejercer su profesión y “operaba de manera compensada”. Incluso, como se indicó en los párrafos anteriores, era un artesano con prestigio. Es a raíz de los hechos de tortura, agravados posteriormente por la denegación de justicia, que la víctima sufrió un “quiebre[,] descompensando aquella lábil estructura de personalidad[y] generando sobre la estructura de base un nuevo cuadro psiquiátrico”.

159. Por lo anterior, la Corte considerará al Estado como responsable de la incapacidad laboral del señor Bueno Alves.

iii) mitigación del daño

160. El Estado presentó dos argumentos referentes a acciones que la víctima pudo realizar para aminorar los daños que padeció. El primer argumento advierte que la víctima “tenía a su disposición mecanismos internos tendientes a mitigar los sufrimientos padecidos [...]”. En particular, podría haber solicitado en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación una pensión por invalidez conforme a lo establecido por la [L]ey [No.] 18.910/70”. El segundo argumento apunta a que la víctima no buscó ayuda profesional por sus trastornos de personalidad preexistentes, ni tratamiento profesional luego de los hechos de tortura.

161. Respecto al primer argumento, la Corte nota que el mismo Estado señaló que para acceder a la pensión por “invalidez” debe acreditarse una incapacidad física o psíquica del 76%. El señor Bueno Alves no alcanza tal porcentaje. Su incapacidad psíquica general es de 65%, según lo señalaron los peritos psiquiatras que actuaron en este procedimiento (*supra* párr. 37).

162. Sobre el segundo argumento, la Corte estima que el hecho que el señor Bueno Alves no haya buscado ayuda profesional por sus trastornos preexistentes en nada modifica las conclusiones a las que el Tribunal ha llegado. Como se dijo anteriormente, el Estado debe considerar a la víctima en las condiciones en las que se encontraba antes de los hechos violatorios de sus derechos humanos.

163. Para analizar el argumento referente a la ausencia de tratamiento profesional posterior a los hechos, el Tribunal considera oportuno

tuno precisar que una víctima no puede obtener reparaciones por los perjuicios que ella misma habría podido evitar si hubiera adoptado las medidas que razonablemente eran de esperarse, como buscar asistencia profesional, seguir las instrucciones de su médico, continuar el tratamiento adecuado y tomar las medicinas recetadas. En otras palabras, la Corte debe apreciar, al momento de resolver las reparaciones pertinentes, si la víctima tomó las medidas que razonablemente debió adoptar para reducir el daño o evitar su agravamiento. Al considerar si la víctima actuó razonablemente, la Corte valorará todas las circunstancias del caso y la situación personal de aquélla. Respecto a la carga de la prueba, corresponde al Estado demostrar que la víctima no actuó de la manera que se podía esperar, razonablemente.

164. En el presente caso la Corte considera demostrado que el señor Bueno Alves permaneció aproximadamente 11 años sin tratamiento psicológico. Al respecto, los peritos psiquiatras concluyeron que “el lapso transcurrido sin acceso al tratamiento adecuado actuó como factor de agravamiento y cronificación”.

165. La Corte debe analizar si era razonable esperar que el señor Bueno Alves buscara asistencia psicológica antes de la fecha en que efectivamente la buscó. Conforme al peritaje rendido por el señor Jorge A. Caride, tratante del señor Bueno Alves, en abril de 1999 la víctima sufrió un infarto de miocardio, siendo atendida en el Servicio de Cardiología de un centro de salud. De acuerdo a la evaluación realizada por ese Servicio, el infarto fue provocado por una “situación de stress crónico”. Por tal motivo se derivó a la víctima al Servicio de Psiquiatría, el que diagnosticó un cuadro de “Depresión Reactiva debido a un Trastorno de Stress Postraumático de alrededor de 10 años de evolución sin haber recibido hasta ese momento un tratamiento adecuado”. El perito informó que la falta de tratamiento se debió, según las palabras de la víctima, “al desconocimiento de la necesidad de ser tratado”. Asimismo, el señor Caride estimó que “debido a la personalidad previa del [señor] Bueno Alves, con características narcisistas y omnipotentes, tampoco hubiera pedido ayuda, expresaba creer que solo (sin ayuda especializada) podía sobrellevar la situación de stress sin tener consecuencias orgánicas preocupantes”.

166. La Corte estima que los problemas psicológicos previos del señor Bueno Alves fueron agravados por los hechos de tortura, y estos lo fueron, a su vez, por la falta de respuesta judicial, todo lo cual determinó que la víctima no reconociera la necesidad de recibir trata-

miento especializado. A raíz del infarto, los cardiólogos identificaron el problema de stress, y gracias a ello los psiquiatras advirtieron sus problemas psíquicos. Una vez que el señor Bueno Alves tomó conciencia de estos padecimientos mantuvo un tratamiento continuo que persiste hasta la actualidad.

167. En consecuencia, el Tribunal considera que el señor Bueno Alves ha actuado de manera razonable y, por ende, los argumentos estatales en este punto deben ser desestimados.

iv) supuestos ingresos percibidos por el señor Bueno Alves con posterioridad a los hechos

168. El Estado aseguró que no se ha probado suficientemente que el señor Bueno Alves hubiera dejado de percibir ingreso alguno con posterioridad a los hechos.

169. Del expediente que obra en este Tribunal se desprende que el señor Bueno Alves buscó continuar su oficio de marmolero luego de los hechos de tortura (88), pero se desconoce si tuvo éxito y percibió algún ingreso. Asimismo, en junio de 1993 el señor Bueno Alves “atendía un kiosco”. No se tiene constancia de cuánto tiempo estuvo realizando esas labores, ni de los ingresos percibidos.

170. Por otro lado, hay que considerar que el señor Bueno Alves tiene una incapacidad del 100% para realizar su oficio y una incapacidad general del 65%. Es decir que, en principio, podía dedicarse a otro género de labores (aunque de manera muy limitada), que le representase ciertos ingresos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que al momento de los hechos la víctima tenía 43 años, situación que dificulta su reubicación laboral.

171. En vista de lo anterior, el Tribunal considera que está demostrado que el señor Bueno Alves intentó buscar fuentes de ingreso, pero no hay evidencia sobre los resultados de su intento.

* * *

(88) *Cfr.* escritos de 9 de febrero de 2006, 19 de enero de 1996, 20 de enero de 1995, 8 de agosto de 1994 y 20 de julio de 1989 dirigidos a la Comisión Interamericana; contestación de vista ante el Juzgado de Instrucción 13 de 12 de octubre de 1988 (expediente de anexos a la demanda, Anexo 4, Anexo 8 Tomos I y II, y Anexo 11 Tomo I, folios 50, 58, 452, 973, 2783 y 2867).

172. Por todas las consideraciones expuestas, teniendo presente que no hay prueba de los ingresos que el señor Bueno Alves percibía antes de los hechos de tortura, considerando los documentos referenciales que han sido presentados al Tribunal sobre los ingresos que se perciben en el sector de la construcción (*supra* párr. 149), teniendo en cuenta su incapacidad laboral, y considerando que no hay certeza sobre la recepción de ingresos por alguna actividad laboral alternativa, la Corte recurre a la equidad y estima que el Estado debe entregar la suma de US\$ 100.000,00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Bueno Alves, por concepto de indemnización por los ingresos que dejó de percibir a consecuencia de los hechos del presente caso.

173. Asimismo, la Corte, teniendo en cuenta que la incapacidad del señor Bueno Alves es permanente, considera apropiado fijar la suma de US\$ 48.000,00 (cuarenta y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América), como compensación por los ingresos que la víctima dejará de percibir en el futuro, considerando la expectativa de vida para los varones en Argentina, que es de 70.04 años (89).

c) “daño físico”

i) “incapacidad sobreviniente”

174. Según la representante, el Estado debe indemnizar a la víctima con US\$ 1’568.969,60 (un millón quinientos sesenta y ocho mil novecientos sesenta y nueve con 60/100 dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de “incapacidad sobreviniente”. Esta cantidad “resulta de considerar un 10% del monto que como lucro cesante se reclama”. Para la representante “[l]a indemnización por incapacidad tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laboral, sino también la proyección que aquélla tiene con relación a todas las esferas de su personalidad, es decir, la disminución de su seguridad, la reducción de su capacidad vital [...] y el empobrecimiento de sus perspectivas futuras”. Asimismo, la representante señaló que la incapacidad laboral del señor Bueno Alves produjo “un fuerte impacto en la economía del hogar”; que los hijos del señor Bueno Alves “debieron dejar de estudiar y salir a trabajar para generar los ingresos necesarios

(89) Cfr. esperanza de vida al nacer 2000/01, Informe del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2 de marzo de 2007 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado, Tomo I, folio 5643).

para el mantenimiento del hogar”, y que el señor Bueno Alves “continúa padeciendo de un síndrome ansioso depresivo”.

175. Algunas alegaciones de la representante por “incapacidad sobreviniente” ya fueron consideradas por el Tribunal cuando trató el lucro cesante de la víctima. El resto de las argumentaciones tienen relación con los perjuicios inmateriales que el señor Bueno Alves y su familia padecieron a consecuencia de los hechos del presente caso. En consecuencia, este punto será resuelto por la Corte cuando analice las indemnización por daño inmaterial (*infra* párrs. 198 a 207).

ii) gastos médicos, farmacéuticos, de curación y de rehabilitación

176. Para la representante, los gastos “de farmacia, médicos y traslados no exigen necesariamente prueba de su existencia a través de prueba documental, cuando la necesidad de efectuarlos surge de la propia naturaleza de las lesiones sufridas o tratamientos a que ha debido someterse la víctima”. Por este rubro solicitó como indemnización US\$ 55.855,92 (cincuenta y cinco mil ochocientos cincuenta y cinco con 92/100 dólares de los Estados Unidos de América). Este monto correspondería a “cobertura médica integral”, “psiquiatría y psicología médica” y “medicamentos por tratamiento”, todos ellos desde el mes de abril de 1999, fecha desde la que el señor Bueno Alves buscó tratamiento psiquiátrico, hasta diciembre de 2016, “considerando una esperanza de vida de 10 años más[,] o sea los 71 años de edad de la [v]íctima”.

177. El Estado manifestó que “es conciente de que los hechos sufridos por el [señor] Bueno Alves pudieron haber generado como consecuencia que éste deba haber sido sometido –y continúe siéndolo– a tratamientos físicos, psicológicos y psiquiátricos”. Pero cuestionó el *quantum* de la pretensión indemnizatoria y recurrió a jurisprudencia de esta Corte “para arribar a un monto razonable sobre este aspecto”.

178. La Corte entiende que en cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, como sería el caso de la tortura, las víctimas podrían verse en la necesidad de buscar atención médica y/o psicológica. Pero esto no puede considerarse como la regla general. En función de las diversas características personales de quien sufre las torturas o del mecanismo de tormento utilizado, la atención médica no siempre resulta necesaria. Puede suceder que algunas personas que requiriesen atención especializada (médica o psicológica) no la hayan buscado.

En tal caso las indemnizaciones cubrirían los daños inmateriales y los materiales que resulten pertinentes, entre los cuales se podrían incluir los tratamientos médicos o psicológicos futuros, pero no abarcarían gastos con respecto a un tratamiento que nunca se produjo. En suma, siempre que se alegue que las víctimas buscaron tratamiento médico o psicológico, debe presentarse prueba documental suficiente que permita al Tribunal cuantificar los gastos en los que verdaderamente incurrieron.

179. Por lo anterior, esta Corte no acepta el argumento de la representante de que no se necesita prueba para acreditar la existencia de los gastos que reclama.

180. Por otro lado, el Tribunal observa que la representante calcula su reclamo de gastos médicos hasta diciembre de 2016, es decir, gastos ya efectuados y gastos futuros. Posteriormente, cuando solicita indemnizaciones por “daño emergente futuro” (*infra* párr. 186) vuelve a pedir compensaciones por tratamientos médicos y psiquiátricos futuros. Al respecto, la Corte comparte la aseveración del Estado de que la representante ha duplicado su pretensión, calculando en dos capítulos distintos un mismo rubro. Por ello, el Tribunal considerará en este acápite únicamente los gastos presuntamente realizados hasta la presente fecha, y en el capítulo de “daño emergente futuro” los gastos por venir.

181. El Estado argumentó que la víctima “ha tenido, y tiene, a su disposición la red de centros asistenciales públicos y gratuitos que le hubieran permitido afrontar [los] tratamientos sin necesidad de afiliarse a una entidad privada.” No obstante, el Estado no ha presentado constancias que demuestren que en el país existen servicios públicos que brinden tratamiento especializado para las dolencias de la víctima, la efectividad de tales servicios, y si el señor Bueno Alves tenía real y efectivo acceso a los mismos. Tampoco existe prueba que demuestre que el Estado hubiese ofrecido atención a la víctima a través de sus propias instituciones. Por ello, la Corte desestima este argumento.

182. La representante incluyó como prueba de los gastos por tratamiento psicológico una constancia elaborada por el señor Jorge A. Caride, profesional que atiende a la víctima, en la que se señala que ésta “ha tenido, desde el inicio del tratamiento psiquiátrico [...] un gasto mensual aproximado de 100 dólares estadounidenses, incluyendo la consulta [profesional]. Como el [señor] Bueno Alves es atendido desde

1999, hasta la fecha [(15 de noviembre de 2005)] ha gastado por esta especialidad [un] total de aproximadamente 7.000 dólares estadounidenses”. No se presentaron facturas o recibos que corroboren los dichos del señor Caride. Asimismo, presentó una constancia del mismo profesional (90) que indica que el señor Bueno Alves fue internado en un clínica psiquiátrica del 7 de diciembre de 2006 al 19 de enero de 2007, y que lo anterior le representó un gasto de \$150,00 (ciento cincuenta pesos argentinos) diarios. No se presentaron facturas que demuestren que se pagó esa cantidad.

183. Respecto a los gastos por medicamentos, la representante presentó un “presupuesto” de una farmacia que calcula el costo de 11 fármacos distintos que supuestamente el señor Bueno Alves requiere por mes, y que le representarían \$296.73 (doscientos noventa y seis con 73/100 pesos argentinos) mensuales, desde abril de 1999. Sin embargo, no se presentaron facturas u órdenes de compra de tales medicinas, ni certificados médicos que diagnostiquen que esas medicinas son las que el señor Bueno Alves requiere. Asimismo, en las pericias ordenadas por el Presidente (*supra* párr. 37) los especialistas indicaron que el señor Bueno Alves tiene como medicación actual 7 fármacos, algunos de los cuales no coinciden con los listados por la farmacia.

184. Finalmente, respecto al rubro “cobertura médica integral” la representante incluyó como prueba una copia de un cuadro de “Gastos Médicos” que incluía un cálculo de gastos médicos hasta la expectativa de vida, que ascendería a la cantidad de \$737,00 (setecientos treinta y siete pesos argentinos) mensuales, desde el 1 de diciembre de 2005, y una fotocopia de un recibo del pago de \$212,10 (doscientos doce con 10/100 pesos argentinos) a favor de la empresa Solidaridad Obra Social Bancaria Argentina, aparentemente por cobertura médica (91). No se presentaron documentos que demuestren que se efectuaron gastos por tratamientos o consultas médicas.

185. De la prueba aportada por las partes y los dictámenes solicitados por el Presidente (*supra* párr. 37), la Corte encuentra demostrado que el señor Bueno Alves incurrió en gastos de atención médica y

(90) *Cfr.* constancia elaborada por el señor Jorge A. Caride de 20 de febrero de 2007 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos de la representante, Tomo I, folio 4705).

(91) *Cfr.* cuadro de “Gastos Médicos” que incluiría un cálculo de gastos médicos hasta expectativa de vida y recibo de pago de fecha 5 de marzo de 2007 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos de la representante, Tomo I, folios 4708 y 4711).

psicológica, así como de medicación, en especial a partir de 1999. Sin embargo, como se desprende de los párrafos anteriores, el Tribunal no cuenta con prueba suficiente que le permita cuantificar el monto que el señor Bueno Alves ha erogado. En vista de ello, el Tribunal fija en equidad la suma de US\$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América), que el Estado deberá cancelar al señor Bueno Alves por concepto de reembolso por gastos en atención médica y psicológica.

d) “daño emergente futuro”

186. Por lo que respecta al “daño emergente futuro”, la representante sostuvo que el señor Bueno Alves “se verá obligado a un continuo tratamiento médico [y] deberá estar sometido en forma permanente a tratamiento psicológico”. Como monto que, a su consideración, el Estado debe cubrir, la representante mencionó un 15% del monto reclamado por concepto de “daño físico”, lo que correspondería a US\$ 235.345,44 (doscientos treinta y cinco mil trescientos cuarenta y cinco con 44/100 dólares de los Estados Unidos de América).

187. El Estado “no objet[ó] la procedencia del rubro en tanto [la] jurisprudencia de [este] Tribunal así lo ha considerado”, pero cuestionó los cálculos usados por la representante.

188. La prueba ofrecida al Tribunal demuestra que el señor Bueno Alves requerirá atención médica y psicológica en el futuro, como consecuencia de las lesiones y secuelas que la tortura le produjo, las que además se vieron agravadas por la falta de respuesta judicial. En especial, los peritos médicos señalaron que “requiere y requerirá control médico de sus factores de riesgo vascular y de su afección coronaria”, mientras que los peritos psiquiatras aseveraron que “se aconseja la continuidad de su tratamiento psiquiátrico, psicológico [...]. Este será de por vida”.

189. Por ello, esta Corte estima, como lo ha hecho en otras oportunidades (92), que la indemnización debe comprender también los gastos futuros por tratamiento psicológico y médico. Sin embargo, la Corte no encuentra justificación alguna para calcular el monto indemnizatorio

(92) Cfr. *Caso Tibi*, *supra* nota 43, párr. 249; *Caso Molina Theissen*. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106, párr. 71, y *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 266.

por este rubro utilizando el porcentaje señalado por la representante. Tal cálculo no tiene relación directa con los costos que representará para el señor Bueno Alves continuar con su atención y tratamientos especializados. La base para llegar a un monto aproximado de gastos futuros deben ser los gastos pasados y actuales, así como las características propias de las lesiones y padecimientos. Como fuera señalado en el párrafo 185, esta Corte no tiene elementos suficientes que demuestren los gastos ya efectuados por el señor Bueno Alves, así que no está en condiciones de hacer un cálculo preciso de gastos futuros.

190. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte fija en equidad la suma de US\$ 45.000,00 (cuarenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América), que el Estado deberá entregar al señor Bueno Alves, por concepto de gastos futuros de tratamiento y atención médica y psicológica.

e) gastos de defensa y de traslado

191. La representante consideró que el Estado debe pagar US\$ 4'625.925,60 (cuatro millones seiscientos veinticinco mil novecientos veinticinco con 60/100 dólares de los Estados Unidos de América) por las “numerosas [...] tramitaciones [j]udiciales como [m] inisteriales que debieron [realizarse] como consecuencia del armado de un proceso, por la comisión de falsos e inexistentes delitos imputados a la [v]íctima, lo que ha conllevado el pago de importantes sumas de dinero en concepto de honorarios a los abogados por su representación y asesoramiento, amén de los gastos conexos de la tramitación de los procesos”. De igual forma, señaló que el señor Bueno Alves ha sido “gravado por embargos, provenientes de recursos iniciados por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ello en razón de no poder afrontar los gastos en concepto de depósito necesarios”. Finalmente, indicó que el presente procedimiento ante la Comisión y esta Corte le ha originado gastos.

192. El Estado cuestionó totalmente esta pretensión de la representante.

193. Esta Corte ha considerado en algunos casos (93) que es procedente otorgar una indemnización por los gastos en los que las víctimas

(93) Cfr. *Caso del Penal Castro Castro*, supra nota 14, párr. 427; *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, supra nota 43, párr. 194, y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 152.

o sus familiares han incurrido como consecuencia de las violaciones declaradas, siempre que tales gastos tengan un nexo causal directo con los hechos violatorios y no se trate de erogaciones realizadas por motivo del acceso a la justicia, ya que estas últimas se consideran como “reintegro de costas y gastos” y no como “indemnizaciones”.

194. En el presente caso, la Corte considera que todos los gastos alegados por la representante constituirían erogaciones realizadas con motivo del acceso a la justicia, por lo que procede a analizarlos en el apartado D) de esta Sentencia y no en el presente, relativo a indemnizaciones por daños materiales. El Tribunal advierte que la representante solicitó una suma superior a los cuatro millones de dólares estadounidenses por “gastos de defensa y de traslado” y una suma idéntica por “costas y gastos” (*infra* párr. 217). En tal medida, tiene razón el Estado cuando señala que se “ha duplicado el gasto por un mismo concepto”, siendo improcedente que la Corte analice por separado diversas alegaciones sobre un mismo asunto.

* * *

195. Por lo expuesto, este Tribunal fija en equidad el valor de las compensaciones por concepto de daño material a favor del señor Bueno Alves, en los términos que se indican en el cuadro que se transcribe.

| Concepto | Monto | |
|---------------------------|--------------|-------------------|
| Lucro cesante | US\$ | 148.000,00 |
| Gastos médicos incurridos | US\$ | 30.000,00 |
| Gastos médicos futuros | US\$ | 45.000,00 |
| Total: | US\$ | 223.000,00 |

196. El Estado deberá efectuar los pagos de las indemnizaciones por concepto de daños materiales dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

197. En lo que se refiere a los familiares de la víctima, la Corte no ha encontrado prueba alguna que demuestre que tales personas hayan sufrido un daño material. Por tal razón se abstiene de concederles indemnizaciones por este concepto.

* * *

198. Corresponde ahora determinar las reparaciones por daño inmaterial, según lo ha entendido la Corte en su jurisprudencia (94).

199. La Comisión sostuvo que el señor Bueno Alves experimentó y sigue experimentando secuelas físicas y psíquicas producto de las torturas, todo lo cual alteró las condiciones de existencia de la víctima y su familia. A su vez, la representante consideró que el Estado debe indemnizar al señor Bueno Alves y a su familia por cuatro conceptos: i) daño moral; ii) ataque al honor; iii) privación ilegítima de la libertad, y iv) daño psicológico. Por todos estos rubros la representante creyó “lógico [...] calcular [...] un porcentaje del 30% de todos los daños materiales”, lo que equivaldría a US\$ 5'270.405,40 (cinco millones doscientos setenta mil cuatrocientos cinco con 40/100 dólares de los Estados Unidos de América).

200. El Estado indicó que la representante no ha justificado las razones que la llevaron a utilizar un 30% sobre los daños materiales como criterio de cálculo para los daños inmateriales. Asimismo, cuestionó cada uno de los conceptos de indemnización citados por la representante, y concluyó solicitando a la Corte que “fije en términos de equidad conforme y de acuerdo con los estándares internacionales una indemnización por daño inmaterial para el [señor] Bueno Alves”. El Estado consideró que no debe otorgarse una indemnización a los familiares de la víctima por este concepto, en tanto la representante “no proporcion[ó] una sola prueba que acredite el daño inmaterial presuntamente sufrido por ellos”.

201. Al respecto, la Corte no analizará los puntos ii y iii (ataque al honor y privación ilegítima de la libertad) solicitados por la representante, puesto que consideró que el Estado no había violado en perjuicio del señor Bueno Alves el derecho a la honra (*supra* párr. 122) y que no hay elementos para modificar lo ya resuelto por la Comisión en lo que respecta al derecho a la libertad personal (*supra* párr. 67). Los dos puntos restantes (daño moral y daño psicológico) deben analizarse, a criterio de la Corte, conjuntamente bajo el concepto de daños inmateriales.

(94) Cfr. *Caso La Cantuta*, *supra* nota 14, párrs. 216; *Caso del Penal Castro Castro*, *supra* nota 14, párrs. 430 y 431, y *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, *supra* nota 19, párr. 150.

202. Siguiendo el criterio establecido en otros casos (95), la Corte considera que el daño inmaterial infligido al señor Bueno Alves resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a torturas, experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas. Asimismo, la Corte se remite a las conclusiones del capítulo referente al derecho a la integridad personal (*supra* párrs. 71 a 95) respecto a las consecuencias de orden físico y psicológico que la tortura produjo a la víctima, las que se vieron exacerbadas por el rechazo de sus reclamos ante el Poder Judicial, e invoca también la aceptación del Estado respecto a que es “obvio [...] que cualquier violación a la integridad personal produce un daño no solo físico sino psíquico a quien la padece”. Finalmente, la Corte toma en cuenta que el señor Bueno Alves está impedido para continuar su oficio de artesano marmolero por los hechos del caso, lo cual le ha producido un perjuicio moral.

203. Ahora bien, la controversia radica en el monto que debe otorgarse a la víctima como compensación por el daño inmaterial. Al respecto, la Corte no considera apropiado que se utilice un porcentaje de los daños materiales para fijar la indemnización por los daños inmateriales. Revisten naturaleza distinta y no dependen el uno del otro. Además, no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso. Sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad (96), teniendo en cuenta además que la jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación (97).

204. Consecuentemente, la Corte considera oportuno fijar en equidad la suma de US\$ 100.000,00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) como compensación por los daños inmateriales que

(95) *Cfr. La Cantuta*, *supra* nota 14, párrs. 217; *Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 15, párr. 157, y *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 43, párr. 384.

(96) *Cfr. Caso La Cantuta*, *supra* nota 14, párr. 228; *Caso del Penal Castro Castro*, *supra* nota 14, párrs. 440 y 441, y *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 14, párrs. 153, 155 y 156.

(97) *Cfr. La Cantuta*, *supra* nota 14, párr. 219; *Caso del Penal Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 431, y *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, *supra* nota 19, párr. 147.

las violaciones a los derechos humanos declaradas en esta Sentencia causaron al señor Bueno Alves.

205. En cuanto a las señoras Tomasa Alves De Lima, Inés María del Carmen Afonso Fernández, Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno y al señor Juan Francisco Bueno, familiares de la víctima declarados víctimas en este caso, la Corte se remite a sus conclusiones del capítulo referente a la violación del derecho a la integridad personal de éstos (*supra* párr. 104) y estima oportuno ordenar en equidad (98) el pago de US\$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada uno de ellos, como compensación del daño inmaterial.

* * *

206. De esta forma, las compensaciones fijadas por la Corte por concepto de daño inmaterial son las siguientes:

| Beneficiarios | Monto |
|---|------------------------|
| Juan Francisco Bueno Alves | US\$ 100.000,00 |
| Tomasa Alves de Lima (madre) | US\$ 10.000,00 |
| Inés María del Carmen Afonso Fernández (ex cónyuge) | US\$ 10.000,00 |
| Juan Francisco Bueno (hijo) | US\$ 10.000,00 |
| Ivonne Miriam Bueno (hija) | US\$ 10.000,00 |
| Verónica Inés Bueno (hija) | US\$ 10.000,00 |
| Total | US\$ 150.000,00 |

207. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño inmaterial directamente a sus beneficiarios dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 222 y 223 *infra*.

C) Medidas de satisfacción y garantías de no repetición

208. En este apartado el Tribunal determinará las medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial y que no tienen

(98) Cfr. *La Cantuta*, *supra* nota 14, párr. 219; *Caso del Penal Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 432, y *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, *supra* nota 19, párr. 151.

naturaleza pecuniaria, y dispondrá medidas de alcance o repercusión pública.

a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso

209. La Comisión estimó que “la primera y más importante medida de reparación en el presente caso es la cesación de la denegación de justicia”, y resulta “esencial que se establezca la verdad sobre los hechos y las correspondientes responsabilidades [...], con el fin de consolidar que la prohibición de la tortura es absoluta y que su inobservancia tiene consecuencias reales”. Por su parte, la representante solicitó que la Corte ordene al Estado que dé “cumplimiento efectivo a todas las investigaciones necesarias para que quienes fueron identificados como responsables sean sometidos a proceso penal, juzgados y castigados por los graves hechos ilícitos”, y que someta a “proceso administrativo y judicial a todo el personal policial involucrado en los ilícitos denunciados, destituyendo a todos aquellos que fueron indebidamente ascendidos[. M]isma solicitud se presenta respecto de la totalidad de quienes incumplieron con los deberes de funcionario público, encubriendo y/o cometiendo ilícitos en perjuicio de los procesos iniciados”.

210. Al respecto, el Estado manifestó que

ha aceptado las recomendaciones emitidas por la [Comisión Interamericana] y se ha comprometido a realizar sus mejores esfuerzos en concluir las investigaciones en la forma más rápida posible respecto de los hechos que dieron lugar a la generación del daño en la persona del señor Bueno Alves mientras estuvo detenido a disposición del Poder Judicial. Una vez que se determine[n] concretamente tales circunstancias, el Estado estará en condiciones de adoptar las medidas apropiadas para que la comisión de los hechos ilícitos no queden impunes, sometiendo a los responsables de los hechos de tortura y de denegación de justicia ante los procesos judiciales y procedimientos administrativos que fueran jurídicamente viables y más adecuadamente efectivos para la consecución de ese objetivo.

211. Teniendo en cuenta lo anterior, así como la jurisprudencia de este Tribunal(99), la Corte dispone que el Estado debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar

(99) *Cfr. La Cantuta*, supra nota 14, párr. 228; *Caso del Penal Castro Castro*, supra nota 14, párrs. 440 y 441, y *Caso Vargas Areco*, supra nota 14, párrs. 153, 155 y 156.

las consecuencias que la ley prevea. El Estado debe asegurar que la víctima tenga pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana.

b) protección a la víctima y a sus familiares y traslado a la República Oriental del Uruguay

212. La representante solicitó que la Corte ordene a Argentina que garantice la vida, integridad y seguridad de la víctima y todos sus familiares “durante su estadía dentro del territorio del Estado, mientras se desarrolla la presente demanda y hasta el retorno a su país de origen, la República Oriental del Uruguay”. Asimismo, solicitó que se ordene a Argentina que “al momento de que sea decido por la [v]íctima el mencionado retorno, proced[er] al traslado de su yerno, Sergio Oscar Roldán, quien presta funciones en Casa Central del Banco de la Nación Argentina, hacia la [s]ucursal de la Ciudad de Montevideo (Uruguay) respetando igual categoría al momento del traslado solicitado”.

213. El Estado señaló que no existe “sustento fáctico para siquiera examinar este planteo”.

214. La Corte no ha encontrado demostrado que la vida, integridad o seguridad de la víctima o sus familiares se encuentren en riesgo. Además, considera que las pretensiones de la representante no guardan relación de conexidad con los hechos bajo análisis en el presente caso. Consecuentemente, decide desestimarlas.

c) publicación de la sentencia

215. Aunque no hubo solicitud expresa de la Comisión o la representante, la Corte considera oportuno ordenar, como lo ha hecho en otros casos (100), que como medida de satisfacción el Estado publique en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 1 a 8, 71 a 74, 86, 95, 113 y 117 de la presente Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la misma. Para estas publicaciones se fija el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia.

(100) Cfr. *La Cantuta*, supra nota 14, párr. 237; *Caso del Penal Castro Castro*, supra nota 14, párr. 446, y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, supra nota 73, párr. 313.

D) Costas y Gastos

216. Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana(101).

217. La representante indicó que el señor Bueno Alves no estuvo en condiciones físicas ni psíquicas para “afrontar personalmente el trámite que ha debido llevarse a cabo a través de 18 años”, por lo que tuvo que designar una apoderada para tal fin. Para calcular el monto a saldar por concepto de costas y gastos, la representante indicó que, “[c]onsiderando la labor desarrollada por dicha apoderada [...], y siendo necesario fijar los montos que correspondan a honorarios y gastos, [se] estim[a] adecuado fijar un porcentaje sobre el total de la indemnización que corresponde a la víctima, y por ello fijar la suma de [...] US\$ 4’625.925,60 [(cuatro millones seiscientos veinticinco mil novecientos veinticinco con 60/100 dólares de los Estados Unidos de América)] por tal concepto”.

218. Como se indicó en el párrafo 194 de esta Sentencia, la representante solicitó un monto idéntico por concepto de gastos de defensa y traslado.

219. Respecto al reembolso de las costas y gastos, el Tribunal ha señalado que le corresponde apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en la equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable(102).

220. En el presente caso la representante no ha remitido al Tribunal suficiente prueba que respalde su pretensión en materia de costas

(101) *Cfr. La Cantuta*, *supra* nota 14, párr. 243; *Caso del Penal Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 455, y *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, *supra* nota 19, párr. 152.

(102) *Cfr. La Cantuta*, *supra* nota 14, párr. 243; *Caso del Penal Castro Castro*, *supra* nota 14, párr. 152, y *Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 15, párr. 180.

y gastos. Los escasos documentos que fueron allegados se refieren en su mayoría a gastos en el procedimiento ante esta Corte. La falta de prueba documental no puede sustituirse utilizando un porcentaje de las indemnizaciones por daño material e inmaterial. Por ello, la Corte considera que la forma de cálculo de la representante no es la adecuada y el monto solicitado no es razonable.

221. En razón de lo anterior y tomando en cuenta el largo tiempo que ha tomado esta causa, el Tribunal estima, en equidad, que el Estado debe reintegrar la cantidad de US\$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Bueno Alves, quien entregará la cantidad que estime adecuada a su representante, para compensar las costas y los gastos realizados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano. El Estado deberá efectuar el pago por concepto de costas y gastos dentro de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

E) Modalidad de Cumplimiento de los pagos ordenados

222. El pago de las indemnizaciones establecidas a favor del señor Bueno Alves y a favor de las señoras Inés María del Carmen Afonso Fernández, Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno, y el señor Juan Francisco Bueno, será hecho directamente a aquéllos. Lo mismo se aplica respecto al reembolso de costas y gastos. En caso de que alguna de estas personas fallezca antes de que le sea entregada la indemnización respectiva, ésta se cubrirá a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable(103).

223. La cantidad que correspondería a la señora Tomasa Alves De Lima, madre fallecida de la víctima, será repartida entre sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

224. El Estado debe cumplir sus obligaciones mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una cantidad equivalente en moneda argentina, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

(103) Cfr. *La Cantuta*, supra nota 14, párr. 247; *Caso Vargas Areco*, supra nota 14, párr. 145, y *Caso Goiburú y otros*, supra nota 15, párr. 162.

225. Si por causas atribuibles a los beneficiarios de las indemnizaciones no fuese posible que éstos las reciban dentro del plazo indicado (*supra* párr. 196 y 207), el Estado consignará dichos montos a favor de los beneficiarios en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera argentina, en dólares estadounidenses y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de 10 años la indemnización no ha sido reclamada, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

226. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización y como reintegro de costas y gastos deberán ser entregadas a los beneficiarios en forma íntegra conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cajas fiscales.

227. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en Argentina.

228. Conforme a su práctica constante, la Corte se reserva la facultad inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la Convención Americana, de supervisar el cumplimiento íntegro de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la misma.

XIV

PUNTOS RESOLUTIVOS

229. Por tanto,

LA CORTE, DECLARA,

Por unanimidad, que:

1. Acepta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 26 a 35 de esta Sentencia, y establece la violación de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales y protección judicial, consagrados en los artículos

5.1, 5.2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Bueno Alves, en los términos de los párrafos 30, 86, 95 y 117 de la presente Sentencia.

2. No hay elementos para modificar lo ya resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a lo expuesto en el párrafo 67 de esta Sentencia.

3. El Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de las señoras Tomasa Alves De Lima, Inés María del Carmen Afonso Fernández, Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno, y del señor Juan Francisco Bueno, en los términos de los párrafos 96 a 104 de la presente Sentencia.

4. El Estado no violó el derecho a la protección de la honra y la dignidad, consagrado en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. El Estado no violó el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y DECIDE:

Por unanimidad que:

7. El Estado debe realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente Sentencia por concepto de daños materiales, daños in-materiales y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 196, 207 y 221 de la misma.

8. El Estado debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea, en los términos del párrafo 211 de esta Sentencia.

9. El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 1 a 8, 71 a 74, 86, 95, 113 y 117 y la parte resolutive de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 215 de la misma.

10. Supervisará la ejecución íntegra de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

Redactada en español y en inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el día 11 de mayo de 2007. — SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (Presidente) — CECILIA MEDINA QUIROGA — MANUEL E. VENTURA ROBLES — DIEGO GARCÍA-SAYÁN — MARGARETTE MAY MACAULAY — RHADYS ABREU BLONDET — PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI (Secretario).

Comuníquese y ejecútese, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (Presidente) — PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI (Secretario).

Recurso deducido por **el Dr. Carlos A. B. Pérez Galindo, querellante en autos.**

EDESAL S.A. c/ SAN LUIS, PROVINCIA DE Y OTRO (ESTADO NACIONAL)
S/ NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

ENERGIA ELECTRICA.

Cabe rechazar la demanda deducida contra el Estado Nacional a fin de que se declare la nulidad absoluta e insanable de las resoluciones que dispusieron que debía facturarse la tarifa por la prestación de la FTT –función técnica de transporte de energía eléctrica– de acuerdo con lo dispuesto en las normas federales, pues carece de relevancia que las redes por donde se desarrolla el transporte pertenezca al sistema eléctrico de la Provincia porque, para hacer surtir la competencia nacional, lo determinante es tanto la calidad de las personas involucradas –agentes del Mercado Eléctrico Mayorista nacional– como la materia en disputa, es decir, las condiciones en que se presta el servicio técnico de transporte.

SERVICIOS PUBLICOS.

La prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la expresión “comercio” del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional, como así también en los incisos 18 y 30 de ese artículo, lo que justifica el sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos ejecutados a través del sistema argentino de interconexión, como así también aquéllos que se realizan por medio de la actuación de quienes operan en el mercado nacional, ya que se encuentra involucrado el comercio federal de energía.

ENERGIA ELECTRICA.

Todo Gran Usuario, cualquiera sea su ubicación territorial, en cuanto contrata su abastecimiento con un generador en el MEM para ser ejecutado a través del SADI (artículo 35 de la ley 24.065, artículo 10 del decreto 1398/92 y artículos 6° y 7° de la resolución S.E. 137/92), está sometido a la jurisdicción federal y como cualquier otro agente de ese mercado, debe actuar de conformidad con las normas dictadas a tal efecto por la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación (artículo 6° del decreto 186/95).

ENERGIA ELECTRICA.

Lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco regulatorio federal incorporado al concepto abarcativo que supone la interpretación del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional, y en esa inteligencia el Congreso dictó las leyes 15.336 y 24.065 en el ejercicio de su competencia para legislar sobre la planificación, las pautas generales y la ordenación de la política energética, facultades que inspiran el régimen legal vigente y se justifican si se advierten las modalidades asumidas por la explotación de la energía que integra, en el llamado Sistema Argentino de Interconexión, los puntos de generación y consumo que puedan originarse en distintas jurisdicciones.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 3/18, la Empresa Distribuidora San Luis S.A. (EDESAL) entabla demanda, ampliada a fs. 63/66, contra el Estado Nacional (ex Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos) a fin de que se declare la nulidad absoluta e insanable de diversos actos adminis-

trativos correspondientes a las ex Secretaría de Energía y Comunicaciones, Secretaría de Energía, Subsecretaría de Energía, Subsecretaría de Energía Eléctrica y del Ministerio de Economía y de Obras y de Servicios Públicos de la Nación, al entender que fueron dictados por órganos que carecían de competencia para fijar las tarifas de peaje y por violar su derecho de propiedad, la garantía de igualdad (arts. 17 y 16 de la Constitución Nacional) y los términos de la resolución 159/94 de la Secretaría de Energía (SE).

En lo que aquí interesa, expone que la determinación de las bases de cálculo de las tarifas por peaje surge de las atribuciones que la ley 4966 –derogada y reemplazada por la ley 5519– de la Provincia de San Luis otorga al órgano regulatorio provincial –atribución que fue ejercida al suscribirse el contrato de concesión entre la Provincia y EDESAL– y que además se trata de una facultad no delegada al Estado Nacional, aunque puede coexistir con las que corresponden a la Secretaría de Energía de la Nación para fijar los parámetros técnicos de la categoría de Gran Usuario.

Dicha conclusión se impone –continúa diciendo– a poco que se examinen las normas aplicables al caso, de las cuales surge que la Secretaría de Energía de la Nación, aun cuando es competente para autorizar a determinadas empresas a actuar como Grandes Usuarios, carece de facultades para emitir disposiciones que incidan sobre las tarifas de peaje que EDESAL puede cobrar a esos usuarios por tratarse de materia que es de jurisdicción provincial y que, por ello, fueron fijadas en el contrato de concesión respectivo.

Afirma que no resulta aplicable la doctrina del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) en el caso “Kleppe S.A.” en tanto se trata de un supuesto distinto al del *sub lite*, pues en aquél se cuestionaba el reconocimiento de la empresa Kleppe S.A. como agente del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) con carácter de Gran Usuario, mientras que lo que aquí se impugna es la pretensión de la Secretaría de Energía y de sus órganos inferiores de fijar la tarifa de peaje que EDESAL debe cobrar por la prestación de la función técnica de transporte de energía eléctrica (FTT) a un Gran Usuario calificado como tal por la Secretaría de Energía de la Nación en uso de sus facultades.

Sostiene, asimismo, que los actos impugnados están viciados en su objeto por contradecir las disposiciones de la resolución SE 159/94

que citan, toda vez que tal resolución sólo se aplica cuando no están determinadas las tarifas de la FTT. En consecuencia –prosigue– sus disposiciones no son susceptibles de alcanzar a aquellas situaciones en las cuales los cargos por peaje se encuentren ya fijados como ocurre con el contrato de concesión de EDESAL.

Considera, por otra parte, que las redes de distribución, por las cuales se presta la FTT, no quedan comprendidas en el Sistema Argentino de Interconexión (SADI), en consecuencia no les es aplicable a los Grandes Usuarios el supuesto del art. 10 del decreto reglamentario 1398/92 (anexo I).

Asevera, también, que tiene un derecho adquirido –que integra su patrimonio– a que se respeten las tarifas por peaje fijadas en el contrato de concesión suscripto con la Provincia de San Luis, de allí que –según su entender– los actos impugnados, al desconocer tales tarifas, conculcan gravemente su derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Constitución Nacional.

Por último, arguye que se violó la garantía de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) en tanto la disposición 11/95 de la Secretaría de Energía –al igual que en otros casos– dispuso que, ante la falta de acuerdo entre un Gran Usuario y el titular de una concesión de distribución otorgada por el Poder Ejecutivo Nacional acerca de las tarifas de peaje, se deberá aplicar lo dispuesto en el contrato de concesión de la distribuidora.

En tal sentido, estima que los actos impugnados consagraron una manifiesta desigualdad que debe ser corregida, al aplicar una norma –el anexo I de la resolución 159/94– a un caso –la FTT prestada por EDESAL– que es sustancialmente idéntico al supuesto que se excluye –la FTT brindada por los distribuidores que operan en el orden nacional– en tanto, en ambos casos, se trata de distribuidores que en sus contratos tienen fijada una tarifa especial para este servicio.

– II –

A fs. 91/130 el Estado Nacional (Ministerio de Economía) opone excepción de incompetencia, falta de habilitación de la instancia y caducidad respecto de los actos administrativos citados en el art. 1º de la resolución ex MEyOSP 896/99 y contesta la demanda.

Luego de describir el sistema eléctrico y los antecedentes de la causa, concentra sus planteos del siguiente modo: (i) la resolución SE 159/94 fue dictada por autoridad nacional competente, en ejercicio de la jurisdicción federal plena para regular el precio de un servicio (en este caso de FTT) prestado en el MEM, tal como surge de su texto en cuanto involucra operaciones de compraventa de energía mayorista y establece que la comercialización en aquel mercado está sujeta a la regulación federal de la ley 24.065 y de sus normas complementarias y reglamentarias; (ii) las resoluciones SEE 61/92 (Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios –Los Procedimientos–) y SE 137/92, anteriores a la concesión de EDESAL y al dictado de la resolución SE 159/94 sometían la FTT a la regulación tarifaria federal. Las resoluciones SEE 61/92 y SE 137/92 utilizaban los mismos mecanismos de determinación de la tarifa de transporte de alta tensión aplicable a la red existente, vale decir, que se remuneraba sólo la operación y el mantenimiento sin incluir los costos de capital, con posterioridad la resolución SE 159/94 incorporó este último rubro a la tarifa de FTT y, en consecuencia, la elevó con relación a la que regía; (iii) la existencia de una tarifa para la prestación de la FTT en el contrato de concesión de EDESAL es irrelevante en tanto que, tratándose de operaciones que se desarrollan en el ámbito del MEM, una autoridad local carece de facultades para establecer dicha tarifa y la resolución CRPEE 5/98 –dictada en el ámbito provincial– es una cabal prueba de lo antes expresado; (iv) esta última resolución comporta un reconocimiento por parte de la Provincia de la jurisdicción federal sobre la materia y como tal es coherente con la regulación nacional del MEM; (v) el decreto 1398/92 es suficientemente explícito al disponer que todo contrato del MEM se ejecuta a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI). En consecuencia, todos los contratos celebrados por los Grandes Usuarios del MEM ubicados en la zona de concesión de EDESAL se ejecutan por intermedio de dicho sistema. En tanto la tarifa por prestación de la FTT está asociada a la viabilización de tales contratos y resulta, al igual que ellos, sometida a la regulación federal; (vi) la resolución SE 51/97 no confirma la interpretación de EDESAL acerca de los alcances de la resolución SE 159/94, sino que, por el contrario, dicha norma se refiere a un segmento de precio que deben pagar los Grandes Usuarios (los conectados en baja tensión) y establece que la tarifa contractualmente aplicable es una base transitoria sujeta a la decisión de la autoridad federal; (vii) no existe reconocimiento alguno en la resolución MEyOSP 896/99 de que los valores de la tarifa federal sean superiores a los de la tarifa

de FTT que EDESAL afirma que están estipulados en su contrato de concesión y (viii) EDESAL no cuantificó el perjuicio que dice haber sufrido ni ofreció medio de prueba alguno que lo acreditara.

– III –

A fs. 134/136 la Provincia de San Luis opone excepción de incompetencia y a fs. 205/211 contesta la citación como tercero (art. 90, inc. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En lo esencial, afirma que tiene la potestad local sobre la regulación de la FTT en el servicio público de electricidad y niega que pueda, eventualmente, surgir alguna responsabilidad de su parte por haber incluido en el contrato de concesión –suscripto con EDESAL– alguna cláusula que no pueda garantizar.

Explica que la concesionaria local cuando brinda la FTT sólo distribuye la energía comprada por el gran usuario a un generador, pero que en vez de denominarse “distribución” se llama “función técnica del transporte”, por tal motivo no presta servicio de transporte alguno, resultando infundado pretender asimilarla a un transportista federal.

Indica que aun cuando la compraventa de energía que realiza un Gran Usuario queda sujeta al ámbito de la jurisdicción federal, esto no implica someter a dicha jurisdicción la FTT que presta el distribuidor local, porque el servicio que brinda este último se desarrolla en territorio provincial y no obstaculiza la regulación del MEM ni el comercio interjurisdiccional, máxime cuando la Provincia ha respetado el régimen federal de la ley 24.065 al adherirse, en lo que a la política tarifaria respecta, a los principios y pautas fundamentales en ella contenidos.

Interpreta, al igual que la actora, que la resolución SE 159/94 es de aplicación supletoria cuando no existe un acuerdo entre la concesionaria y el Gran Usuario. En lo atinente a las tarifas por la FTT, entiende que el Ente Regulador Provincial, en pleno ejercicio de sus facultades, determinó aplicable en el ámbito local la normativa dictada por la Secretaría de Energía de la Nación, pero que ello de ningún modo implicó un reconocimiento de la jurisdicción federal, sino que la Provincia, en pleno ejercicio de las competencias, que legítima y constitucionalmente le corresponden, hizo una remisión a las normas dictadas por la mencionada Secretaría.

Por último, para el hipotético caso de que, en el pronunciamiento a dictarse en esta causa, se entendiera que la fijación de las tarifas por la FTT es de competencia federal, pone de relieve que en el contrato de transferencia suscripto entre la Provincia y la actora, esta última se sometió a las disposiciones contenidas en el art. 8.3 del aludido contrato, en el cual se estableció que la legislación regulatoria prevalece sobre el contrato de concesión. Por tal motivo deja subsidiariamente planteada la nulidad de la cláusula contenida en el inc. 2º del capítulo cuarto del anexo I del último contrato citado, por violación al marco legal regulatorio.

– IV –

A fs. 255/256, el juez que intervino hizo lugar a la excepción de incompetencia opuesta a fs. 91/130, reiterada a fs. 248/250, por el Estado Nacional y elevó los autos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien se declaró competente para entender en forma originaria en este juicio (v. fs. 277) a tenor de lo dictaminado por esta Procuración a fs. 276.

Con posterioridad, tras agregarse los alegatos de las partes, se corrió vista a este Ministerio Público a fs. 641.

– V –

A mérito del pedido de esta Procuración General, el Tribunal dio traslado al Estado Nacional y a la Provincia de San Luis a fin de que se pronunciaran con relación a la resolución SE 672/06 dictada con posterioridad a la iniciación de esta causa (fs. 684).

– VI –

A fs. 740, la Provincia de San Luis en respuesta al traslado ordenado por V.S. a fs. 684, acompaña copia de la petición de EDESAL a fin de que se le otorgue el aval necesario para presentar ante la Secretaría de Energía de la Nación los valores tarifarios locales con el objeto de brindar el servicio de FTT.

A fs. 747, el Estado Nacional manifiesta que por la resolución 408, del 5 de junio de 2008 (publicada en el B.O. el 10 de junio de 2008), la

Secretaría de Energía prestó conformidad a EDESAL para que aplique las condiciones de la prestación de la FTT previstas en el contrato de concesión suscripto con la Provincia a los Grandes Usuarios ubicados en su ámbito jurisdiccional.

– VII –

A fs. 748, V.E. requiere a la Provincia de San Luis y a la actora que se pronuncien sobre la resolución SE 408/08.

En contestación a dicho requerimiento la Provincia se expide de modo similar a como lo había hecho en su intervención anterior y agrega que EDESAL se encuentra prestando el servicio público de distribución eléctrica en la Provincia de acuerdo a lo dispuesto en el contrato de concesión celebrado con ella (decreto 276/93), el cual se encuentra vigente y no está sujeto a negociación alguna (fs. 781).

A fs. 783, la actora afirma que la resolución SE 408/08 no tiene incidencia en el presente caso y que en su oportunidad la citó como muestra adicional de la inconstitucionalidad del régimen federal (previo) que motivó el dictado de los actos impugnados.

Sostiene, además, que la cuestión no se ha tornado abstracta y que el agravio conserva actualidad, pues no fue resarcida por dicha resolución.

En tal sentido, afirma que los daños ocasionados a su patrimonio por los actos que impugna se produjeron entre la fecha en que cada uno de ellos fue dictado y el 31 de julio de 1998, a lo cual añade que la resolución SE 408/08 no la resarció por el perjuicio ya causado y consumado y que consistió en impedirle que percibiera la tarifa de peaje convenida con el Estado provincial en su contrato de concesión.

Destaca que la cuestión que se debate aquí es, entonces, si el Gobierno Federal (por medio de la Secretaría de Energía de la Nación) tiene o no facultades para imponer unilateralmente, en el territorio de la Provincia de San Luis, una tarifa de peaje eléctrico a Grandes Usuarios distinta a la acordada con esta última en el contrato de concesión.

Recalca que expuso fundadamente las razones por las cuales la imposición de una tarifa distinta a la prevista en su contrato resultó

inconstitucional entre el 25 de julio de 1995 y el 31 de julio de 1998, agravio que –según expresa– mantiene toda su actualidad a la fecha, lo que demuestra que la cuestión sobre la cual solicita el pronunciamiento de V.E. no se ha tornado abstracta.

– VIII –

En ese contexto, V.E. corre nueva vista a este Ministerio Público a fs. 786.

A mi juicio, la Corte sigue teniendo competencia (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional) para decidir en el presente.

– IX –

Con respecto a la defensa del Estado Nacional para que se declare no habilitada la instancia por falta de agotamiento de la vía administrativa cabe recordar que es jurisprudencia inveterada del Tribunal que la competencia originaria de la Corte proviene de la Constitución Nacional y no puede quedar subordinada al cumplimiento de requisitos exigidos por leyes locales ni al agotamiento de trámites administrativos previos (conf. Fallos: 329:2680, 322:473, entre otros), pues al ser su jurisdicción de raigambre constitucional, no es susceptible de ser ampliada, restringida ni modificada por reglamentación legal (confr. Fallos: 312:425).

– X –

Sentado lo anterior, considero que la cuestión a decidir se circunscribe a determinar si las condiciones de prestación del servicio de la FTT, principalmente las económicas –el valor del peaje por la FTT–, pueden ser establecidas por la Secretaría de Energía en el marco de la jurisdicción federal que surge de la ley 24.065 y sus reglamentaciones, en particular de los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios (resolución SEE 61/92), o bien deben aplicarse las estipulaciones del contrato de concesión convenidas por EDESAL con la Provincia de San Luis.

– XI –

Adelanto que, a mi juicio, para resolver la controversia deben aplicarse las normas federales que regulan las condiciones de prestación de la FTT.

En efecto, una arraigada doctrina ha establecido que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal incorporado al concepto abarcativo que supone la interpretación del art. 75, inc. 13 de la Constitución Nacional. Así lo recordó V.E. en Fallos: 320:1302, al señalar que en esa inteligencia el Congreso dictó las leyes 15.336 y 24.065 en el ejercicio de su competencia para legislar sobre la planificación, las pautas generales y la ordenación de las políticas energéticas. Esas facultades –se dijo entonces– inspiran el régimen legal vigente y se justifican si se advierten las modalidades asumidas por la explotación de la energía que integra, en el llamado Sistema Argentino de Interconexión (SADI), los puntos de generación y consumo que puedan originarse en distintas jurisdicciones (v. considerando 5º). Más adelante, en el caso de la “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)” (Fallos: 322:1781) se sostuvo, con directa relación al llamado Pacto Federal suscripto el 12 de agosto de 1993, que dicho acuerdo, creación legal del federalismo de concertación, venía a integrar el marco federal de la energía.

Ya la ley 15.336 (sancionada el 15 de septiembre de 1960 y publicada en el B.O. el 22 de septiembre de ese año) sujetó a sus disposiciones las actividades *“destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad, en cuanto las mismas correspondan a la jurisdicción nacional”* (art. 1º). Respecto de las tres primeras, les compete tal jurisdicción cuando –entre otros supuestos– *“se destinen a servir al comercio de energía eléctrica entre la Capital Federal y una o más provincias o una provincia con otra”* o cuando *“en cualquier punto del país integren la red nacional de Interconexión”* (art. 6º, incs. b y e). En cuanto a la distribución, la ley denomina *“servicio público de electricidad”* a la *“distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad”* (art. 3º), estableciéndose que de pertenecer la distribución a la jurisdicción local los gobiernos provinciales resolverán en todo lo referente al otorgamiento de las autorizaciones y concesiones y ejercerán las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional (art. 11 modificado por la ley 24.065).

Coexisten, pues, en la ley, sistemas de regulación de carácter federal y otros provinciales y una Red Nacional de Interconexión integrada por los servicios nacionales interconectados.

La ley 24.065 vino a integrar con la anterior el “marco regulatorio eléctrico” (art. 92) y, según se afirma en el art. 85, es “complementaria de la ley 15.336 y tiene su mismo ámbito y autoridad de aplicación”. La norma califica como servicio público no sólo a la distribución sino también al transporte de fluido (art. 1º) y considera “actores reconocidos del mercado eléctrico” a los generadores o productores, a los transportistas, a los distribuidores e introduce la figura de los “grandes usuarios” (art. 4º). Por su parte, la reglamentación precisa que es gran usuario quien “por sus características de consumo puede celebrar contratos de compra-venta de energía eléctrica en bloque con los generadores que define el inc. a) del art. 35 de la ley 24.065, **estando sujetos a jurisdicción nacional cuando tales contratos se ejecuten a través del sistema argentino de interconexión... Aclárase que todo contrato del Mercado a Término (MEM) se ejecuta a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI)**. A su vez, implica operar en el Mercado Spot del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) para transar los saldos cuando existieren” (—el resaltado no es del original— art. 10 del anexo I del decreto 1398/92, modificado por el decreto 186/95).

Cabe consignar, entonces, que todo gran usuario, cualquiera sea su ubicación territorial, en cuanto contrata su abastecimiento con un generador en el MEM para ser ejecutado a través del SADI (art. 35 de la ley 24.065, art. 10 del decreto 1398/92 y resolución SE 137/92), está sometido a la jurisdicción federal y como cualquier otro agente de ese mercado, debe actuar de conformidad con las normas dictadas por la Secretaría de Energía (art. 6º del decreto 186/95).

Como se ha recordado anteriormente, la prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la expresión “comercio” del art. 75, inc. 13, como así también en los incs. 18 y 30 de ese artículo (Fallos: 305:1847; 320:1302; 322:2624; 323:3949 y 329:595). Ello justifica el sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos ejecutados en el SADI, como así también por medio de la actuación de quienes operan en el mercado nacional, ya que se encuentra involucrado el comercio federal de energía.

En ese sentido, no existen dudas acerca del marco normativo jurisdiccional que rige la causa si se recuerda que el art. 10 de la reglamentación de la ley 24.065 —que es por su propia definición “complementaria” de la ley 15.336 y juntamente con ésta, conforma el marco regulatorio de la materia—, declara “sujetos a jurisdicción nacional” los contratos celebrados por los grandes usuarios cuando “se ejecuten

a través del Sistema Argentino de Interconexión”, pues esa ejecución implica emplear las instalaciones de transmisión y transformación que integran el sistema.

Cabe recordar que las distribuidoras transportan y comercializan a sus usuarios comunes energía eléctrica que han comprado en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), mientras que cuando prestan la FTT solo transportan. En tanto y en cuanto cumplen esta función, lo hacen exclusivamente en base al funcionamiento del mercado mayorista e independientemente de sus funciones de distribuidor local, debiendo sujetarse necesariamente a todas sus normas y reglamentaciones ya que están actuando en un ámbito estrictamente federal.

Carece de importancia que las redes por donde se desarrolla el transporte pertenezcan al sistema eléctrico de la Provincia porque, para hacer surgir la competencia nacional, lo determinante es tanto la calidad de las personas involucradas –agentes del Mercado Eléctrico Mayorista nacional– como la materia en disputa, es decir, las condiciones en que se presta el servicio técnico de transporte (conf. doctrina de Fallos: 329:4438).

De allí que no merecen óbice las resoluciones impugnadas por la actora que dispusieron que debía facturarse la tarifa por la prestación de la FTT de acuerdo a lo dispuesto en las normas federales.

– XII –

La afirmación expuesta se abona con los actos más recientes que involucraron a las partes en este proceso.

Cabe recordar que la Secretaría de Energía de la Nación, reafirmando el carácter federal de la vinculación de los Grandes Usuarios con el MEM, dictó la resolución 672/06 (publicada en el Boletín Oficial el 18 de mayo de 2006), en virtud de la cual se establecieron las condiciones básicas que deben cumplir las solicitudes de los prestadores adicionales de la función técnica de transporte para aplicar los marcos regulatorios locales y las condiciones de los contratos de concesión con las autoridades provinciales y municipales. Ello, con la finalidad de que pudieran percibir ingresos suficientes para cubrir los costos razonables por la prestación del servicio de redes de acuerdo con las exigencias de calidad de cada jurisdicción.

En ese contexto reglamentario, la actora solicitó y obtuvo, mediante la resolución SE 408 del 5 de junio de 2008, la autorización para aplicar las condiciones de la prestación de la FTT, de conformidad con el contrato de concesión suscripto con la Provincia a los Grandes Usuarios de su jurisdicción.

Lo precedentemente expuesto permite afirmar que EDESAL no sólo no cuestionó la competencia de la autoridad federal para dictar la resolución SE 672/06, sino que, además, puso en evidencia su expreso reconocimiento a la competencia de la Secretaría de Energía de la Nación para regular las condiciones de la prestación de la FTT, cuando le solicitó, en el contexto reglamentario de tal acto, que la autorizara a aplicar las tarifas de su contrato de concesión. En ese sentido, a mi juicio, queda superada la controversia planteada por la actora para que se determine “si el Gobierno Federal (por medio de la Secretaría de Energía de la Nación) tenía o no facultades para imponer unilateralmente, en el territorio de la Provincia de San Luis, una tarifa de peaje eléctrico a Grandes Usuarios distinta a la que convinieron EDESAL y la Provincia de San Luis en el Contrato de Concesión” (énfasis y subrayado del original) (conf. fs. 784 al pie).

En efecto, más allá de las consideraciones que efectúa la demandante acerca de las resoluciones SE 672/06 y SE 408/08, lo cierto es que la conducta asumida por ella implica un reconocimiento de la competencia de los organismos federales para regular las condiciones técnicas y económicas por la prestación del servicio de la FTT.

– XIII –

Por último, advierto que el planteo efectuado por la Provincia de San Luis a fs. 210, para que se declare la nulidad de la cláusula contenida en el inc. 2º del capítulo cuarto del anexo I del contrato de concesión suscripto con EDESAL por violación al marco legal regulatorio, carece de la debida fundamentación por estar desprovisto de un sustento fáctico y jurídico cierto y efectivo, máxime cuando nada obstaría a que, ante la pretendida inconveniencia de mantener vigente tal cláusula, pueda ser ella revisada en el propio ámbito de la Provincia.

– XIV –

Por lo expuesto, opino que corresponde rechazar la demanda entablada por EDESAL S.A. y desestimar el agravio de la Provincia de

San Luis para que se declare la nulidad de la cláusula contenida en el inc. 2º del capítulo cuarto del anexo I del contrato de concesión que suscribió con la empresa distribuidora aludida. Buenos Aires, 23 de junio de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Edesal S.A. c/San Luis, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ nulidad de actos administrativos”, de los que

Resulta:

I) A fs. 3/18 se presenta la Empresa Distribuidora San Luis S.A. (EDESAL), en su condición de concesionaria del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica otorgada por la Provincia de San Luis, e inicia demanda –ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 3 de la Capital Federal– contra el Estado Nacional (ex Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos) a fin de que se declare la nulidad absoluta e insanable de los actos administrativos que indica en el punto 2 de su escrito inicial (ver fs. 3/28), correspondientes a la ex Secretaría de Energía y Comunicaciones, Secretaría de Energía, ex Subsecretaría de Energía, ex Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos de la Nación, en virtud de que fueron dictados por órganos que carecían de competencia para fijar las tarifas de peaje y por violar su derecho de propiedad, como así también la garantía de igualdad (artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional) y los términos de la resolución S.E. 159/94 de la Secretaría de Energía de la Nación.

Expone que la ley 4966 de la Provincia de San Luis que regula la generación, subtransporte y distribución de energía eléctrica en dicha jurisdicción, le otorga a la Comisión Reguladora Provincial de la Energía Eléctrica, creada por el artículo 15, la función, entre otras, de dictar los reglamentos a los cuales deberán ajustarse los distribuidores y usuarios; de establecer las bases para el cálculo de las tarifas de los contratos que otorguen concesiones a subtransportistas y distribuidores; y de determinar los principios generales que deberán aplicar los

subtransportistas y distribuidores en sus respectivos contratos, para asegurar el libre acceso a sus servicios (artículo 17, incisos b, d y e).

Por tanto, continúa, la determinación de las bases de cálculo de las tarifas por peaje surge de las atribuciones que la citada ley 4966 –derogada y reemplazada por la ley 5519– otorga al órgano regulador provincial –atribución que fue ejercida al suscribirse el contrato de concesión entre la Provincia y EDESAL– y que además se trata de una facultad no delegada al Estado Nacional, aunque puede coexistir con las que corresponden a la Secretaría de Energía de la Nación para fijar los parámetros técnicos de la categoría de Gran Usuario.

Sostiene que dicha conclusión se impone al examinar las normas aplicables al caso, de las cuales surge que la Secretaría de Energía de la Nación, aún cuando es competente para autorizar a determinadas empresas a actuar como Grandes Usuarios, carece de facultades para emitir disposiciones que incidan sobre las tarifas de peaje que EDESAL puede cobrar a esos usuarios por tratarse de materia que es de jurisdicción provincial, y que por ello, fueron fijadas en el contrato de concesión respectivo (fs. 11).

Aclara además que no resulta aplicable en el caso la doctrina del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) en el caso “Kleppe S.A.” ya que contempla un supuesto distinto al del *sub examine*, toda vez que mientras en aquél se cuestionaba el reconocimiento de la empresa Kleppe S.A. como agente del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) con carácter de Gran Usuario, en el presente lo que se impugna es la pretensión de la Secretaría de Energía y de sus órganos inferiores de fijar la tarifa de peaje que EDESAL debe cobrar por la prestación de la función técnica de transporte de energía eléctrica (FTT) a un Gran Usuario calificado como tal por la Secretaría de Energía de la Nación en uso de sus facultades (fs. 11 vta.).

Aduce que en el contrato de concesión que suscribió con la Provincia de San Luis se previó al definir al Gran Usuario que “las características del consumo, módulos de potencia, energía y demás parámetros técnicos para ser tal, serían determinados por la ex-Secretaría de Energía Eléctrica de la Nación” (capítulo I), por lo que las atribuciones que el órgano nacional tenía al tiempo del dictado de los actos impugnados no alcanzaban a la fijación de las tarifas de peaje, las que estaban ya determinadas en el referido contrato y debían ser controladas por la Comisión provincial.

En suma, dice, EDESAL no cuestiona la competencia de la Secretaría de Energía de la Nación para autorizar a determinadas empresas radicadas en la Provincia como Gran Usuario, sino que dicha facultad debe ejercerse sin interferir con las atribuciones provinciales –ya ejercidas cuando firmó el contrato y vigentes en lo que hace al contralor de su ejecución– de fijar las tarifas que está habilitado a cobrar por el transporte prestado en favor de los Grandes Usuarios. De ahí que los actos administrativos que contraríen esta premisa son nulos, de nulidad absoluta e insanable, ya que violan el artículo 11 de la ley 15.336 y los artículos 31, 121 y 123 de la Constitución Nacional.

Alega, asimismo, que los actos impugnados están viciados en su objeto por contradecir las disposiciones de la resolución S.E. 159/94 que citan, toda vez que tal norma sólo se aplica cuando no están determinadas las tarifas de la FTT. Por tanto, continúa, sus disposiciones no son susceptibles de alcanzar a aquellas situaciones en las cuales los cargos por peaje se encuentren ya fijados como ocurre con el contrato de concesión de EDESAL.

Observa que la decisión adoptada –en forma idéntica en todos los actos impugnados– dispone la aplicación de la citada resolución para la fijación de las tarifas que cobrará EDESAL por el uso de sus instalaciones para el transporte de energía eléctrica que el Gran Usuario allí autorizado compre a Generadores, no obstante esta misma norma prevé también que sólo se aplicará en los casos en que no existiese determinación de esta tarifa, lo que es una evidente contradicción (fs. 13).

Sostiene además que las redes de distribución, por las cuales se presta la FTT, no quedan comprendidas en el Sistema Argentino de Interconexión (SADI), en consecuencia no les es aplicable a los Grandes Usuarios el supuesto del artículo 10 del decreto reglamentario 1398/92 (anexo I).

De tal manera, dice, no se puede asimilar el servicio prestado por una distribuidora a la condición de “transporte” de energía eléctrica, en virtud de la previsión contenida en la resolución 137/92 de la Secretaría de Energía de la Nación, por lo que una posterior decisión en contrario por parte de ese mismo organismo importaría desconocer dicha norma y, por ende, una “verdadera violación de la ley aplicable”.

Por otra parte, asevera que tiene un derecho adquirido –que integra su patrimonio– a que se respeten las tarifas por peaje fijadas en

el contrato de concesión que firmó, de allí que sostiene que los actos impugnados al desconocer tales tarifas, conculcan gravemente su derecho de propiedad garantizado por el artículo 17 de la Constitución Nacional (fs. 14 vta./15).

Por último, arguye que se violó la garantía de igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional) en tanto la disposición 11/95 de la Subsecretaría de Energía –al igual que en otros casos– dispuso que, ante la falta de acuerdo entre el Gran Usuario y el titular de una concesión de distribución otorgada por el Poder Ejecutivo Nacional acerca de las tarifas de peaje, se debería aplicar lo dispuesto en el contrato de concesión de la distribuidora.

En tal sentido, afirma que los actos impugnados consagraron una manifiesta desigualdad que debe ser corregida, al aplicar una norma –el anexo I de la resolución S.E. 159/94– a un caso –la FTT prestada por EDESAL– que es sustancialmente idéntico al supuesto que se excluye –la FTT brindada por los distribuidores que operan en el orden nacional– en tanto, en ambos casos, se trata de distribuidores que en sus contratos tienen fijada una tarifa especial para este servicio (fs. 16).

Añade que con el posterior dictado de la resolución S.E. 91/97, la Secretaría de Energía de la Nación confirmó los alcances interpretativos que su parte le asigna a la resolución S.E. 159/94, al reconocer en su artículo 2º la vigencia de las cláusulas establecidas en los contratos de concesión provincial en materia de peaje.

Ofrece prueba y pide que se haga lugar a la demanda, con costas.

II) A fs. 63/66 amplía la demanda, y pide la citación de la Provincia de San Luis en los términos de los artículos 90, inciso 1º, y 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por ser quien otorgó la concesión, a fin de evitar que en una eventual acción de responsabilidad pueda oponer la excepción de negligente defensa (*exceptio mala gestio processio*).

III) A fs. 91/130 se presenta el Estado Nacional (Ministerio de Economía), opone la excepción de incompetencia, la falta de habilitación de la instancia y caducidad respecto de los actos administrativos citados en el artículo 1º de la resolución ex MEyOSP 896/99 y contesta la demanda.

Luego de describir el sistema eléctrico y los antecedentes de la causa, afirma que la resolución S.E. 159/94 fue dictada por autoridad nacional competente, en ejercicio de la jurisdicción federal plena para regular el precio de un servicio (en este caso de FTT) prestado en el MEM, tal como surge de su texto en cuanto involucra operaciones de compraventa de energía mayorista y establece que la comercialización en aquel mercado está sujeta a la regulación federal de la ley 24.065 y de sus normas complementarias y reglamentarias (fs. 120 vta.).

Explica que las resoluciones S.E. 61/92 (Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios –Los Procedimientos–) y S.E. 137/92, anteriores a la concesión de EDESAL y al dictado de la resolución S.E. 159/94 sujetaban la prestación de la FTT a la regulación tarifaria federal; por lo que esta última norma siguió el criterio de las anteriores.

Aclara además que las citadas resoluciones S.E. 61/92 y S.E. 137/92, utilizaban los mismos mecanismos de determinación de la tarifa de transporte en alta tensión aplicable a la red existente, vale decir, que se remuneraba sólo la operación y el mantenimiento sin incluir los costos de capital. Con posterioridad, dice, la resolución S.E. 159/94 incorporó este último rubro a la tarifa de FTT y, en consecuencia, la elevó con relación a la que regía antes (fs. 121 vta.).

En otro orden de consideraciones, alega que la existencia de una tarifa para la prestación del servicio de la FTT en el contrato de concesión de EDESAL es irrelevante, en tanto que, tratándose de operaciones que se desarrollan en el ámbito del MEM, una autoridad local carece de facultades para establecer dicha tarifa y la resolución N° 5 –CRPEE 98– dictada en el ámbito provincial, es una cabal prueba de lo antes expresado.

Esta última resolución, agrega, comporta un reconocimiento de la jurisdicción federal sobre la materia y como tal es coherente con la regulación nacional del MEM.

Por otra parte, arguye que el decreto 1398/92 es suficientemente explícito al disponer que todo contrato del MEM se ejecuta a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI). En consecuencia, todos los contratos celebrados por los Grandes Usuarios del MEM ubicados en la zona de concesión de EDESAL se ejecutan por intermedio de dicho

sistema. En tanto la tarifa por prestación de la FTT está asociada a la viabilización de tales contratos resulta, al igual que ellos, sometida a la regulación federal. Indica además que el decreto 186/95 –aclaratorio del artículo 10 del decreto 1398/92– no ha sido impugnado en el *sub lite*.

Asimismo señala que la resolución S.E. 91/97 no confirma la interpretación de EDESAL acerca de los alcances de la resolución S.E. 159/94, sino que, por el contrario, dicha norma se refiere a un segmento preciso de Grandes Usuarios (los conectados en baja tensión) y establece que la tarifa contractualmente aplicable es una base transitoria sujeta a la decisión de la autoridad federal (fs. 124/124 vta.).

Asevera que la resolución MEyOSP 896/99 menciona que las tarifas provinciales superan en general los valores de la resolución S.E. 159/94; pero no existe reconocimiento alguno en la citada resolución de que los valores de la tarifa federal sean inferiores a los de la tarifa de FTT que EDESAL afirma que están estipulados en su contrato de concesión.

Observa, finalmente, que la actora no cuantificó el perjuicio que dice haber sufrido ni ofreció medio de prueba alguno que lo acreditara.

Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura. Solicita que se rechace la demanda, con costas.

IV) A fs. 134/136 se presenta la Provincia de San Luis y opone la excepción de incompetencia. A fs. 205/211 contesta la citación como tercero (artículo 90, inciso 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Sostiene que tiene la potestad local sobre la regulación de la FTT (peaje) en el servicio público de electricidad y niega que pueda, eventualmente, surgir alguna responsabilidad de su parte por haber incluido en el contrato de concesión –suscripto con EDESAL– alguna cláusula que no pueda garantizar.

Explica que la concesionaria local cuando brinda la FTT sólo distribuye la energía comprada por el Gran Usuario a un generador, pero que en vez de denominarse “distribución” se llama “función técnica del transporte”, por tal motivo no presta servicio de transporte alguno, por lo que resulta infundado pretender asimilarla a un transportista federal.

Aclara que aun cuando la compraventa de energía que realiza un Gran Usuario queda sujeta al ámbito de la jurisdicción federal, esto no implica someter a dicha jurisdicción la FTT que presta el distribuidor local, porque el servicio que brinda este último se desarrolla en territorio provincial y no obstaculiza la regulación del MEM ni el comercio interjurisdiccional, máxime cuando la Provincia ha respetado el régimen federal de la ley 24.065 al adherirse, en lo que a la política tarifaria respecta, a los principios y pautas fundamentales en ella contenidos.

Alega, al igual que la actora, que la resolución S.E. 159/94 es de aplicación supletoria cuando no existe un acuerdo entre la concesionaria y el Gran Usuario (fs. 209 vta.).

En lo atinente a la resolución N° 5 –CRPEE 98– indica que mediante la ley 4.966 (B.O. local del 25/11/1992), la provincia se adhirió a los lineamientos o pautas generales de la ley nacional 24.065 para la fijación de las tarifas provinciales y que en el artículo 42 de esta última se estableció un cuadro tarifario inicial válido por un término de cinco años, por lo que una vez vencido dicho plazo, la Comisión Reguladora Provincial de Energía Eléctrica lo reformuló.

Agrega respecto a las tarifas por el servicio de peaje que el Ente Regulador Provincial, en pleno ejercicio de sus facultades, determinó aplicable en el ámbito provincial la normativa dictada por la Secretaría de Energía de la Nación, pero que ello no implicó un reconocimiento de jurisdicción federal, sino que el Estado provincial, en pleno ejercicio de las competencias, que legítima y constitucionalmente le corresponden, hizo una remisión a las normas dictadas por la mencionada Secretaría.

Por último, para el hipotético caso de que, en el pronunciamiento a dictarse en esta causa, se entendiera que la fijación de las tarifas por la FTT es de competencia federal, aclara que en el contrato de transferencia suscripto entre la provincia y la actora, esta última se sometió a las disposiciones contenidas en el artículo 8.3 del referido contrato, en el cual se estableció que la legislación regulatoria prevalece sobre el contrato de concesión. En razón de lo expuesto, deja subsidiariamente planteada la nulidad de la cláusula contenida en el inciso 2° del capítulo cuarto del anexo I del último contrato citado, por violación del marco legal regulatorio (fs. 210/210 vta.).

V) Corridos el traslado pertinente de la excepción de incompetencia y de la falta de habilitación de la instancia judicial opuesta por el Estado Nacional, la actora lo contesta a fs. 140/145 y 231/231 vta., sin oponerse concretamente a la excepción de incompetencia planteada. Rechaza, en cambio, el planteo de improcedencia de la falta de habilitación judicial formulado por la demandada.

VI) A fs. 248/250 el Estado Nacional reitera que el caso corresponde a la competencia originaria de la Corte y pide que se resuelva la excepción planteada.

VII) A fs. 255/256 el juez que intervino resolvió declararse incompetente para entender en el presente caso, con fundamento en el artículo 117 de la Constitución Nacional y remitió las actuaciones a esta Corte.

A fs. 276 dictamina el señor Procurador Fiscal subrogante, y sobre la base de esa opinión, a fs. 277 el Tribunal declara que el asunto corresponde a la competencia originaria.

Con posterioridad, tras agregarse los alegatos de las partes, se corrió vista al Ministerio Público a fs. 641. A mérito del pedido de la Procuración General (fs. 681), el Tribunal dio traslado al Estado Nacional y a la Provincia de San Luis a fin de que se pronunciaran con relación a la resolución S.E. 672/06 dictada después de la iniciación de esta causa (fs. 684).

VIII) A fs. 740 la Provincia de San Luis contesta el traslado ordenado y acompaña copia de la petición de EDESAL a fin de que se le otorgue el aval necesario para presentar ante la Secretaría de Energía de la Nación los valores tarifarios con el objeto de brindar el servicio de FTT (ver fs. 687/739).

A fs. 747 el Estado Nacional manifiesta que por la resolución S.E. 408/08 (publicada en el B.O. el 10 de junio de 2008), la Secretaría de Energía prestó conformidad a EDESAL para que aplique las condiciones de la prestación de la FTT previstas en el contrato de concesión suscripto con la Provincia a los Grandes Usuarios ubicados en su ámbito jurisdiccional (ver fs. 743/746).

IX) A fs. 748, sobre la base de los fundamentos expuestos en la providencia de fs. 684, el Tribunal le requiere a la actora y a la Provincia de San Luis que se pronuncien sobre la citada resolución S.E. 408/08.

A fs. 781 el Estado provincial se expide en términos similares a como lo había hecho en su intervención anterior, y añade que EDESAL se encuentra prestando el servicio público de distribución de energía eléctrica en la Provincia de acuerdo a lo dispuesto en el contrato de concesión celebrado con ella (decreto 276/93), el cual se encuentra vigente y no está sujeto a negociación alguna (ver fs. 751/780).

A fs. 783/785 la actora sostiene que la resolución S.E. 408/08 no tiene incidencia en el presente caso y que en su oportunidad la citó como muestra adicional de la inconstitucionalidad del régimen federal (previo) que motivó el dictado de los actos impugnados.

X) A fs. 787/793 la señora Procuradora Fiscal dictamina en virtud de la vista que se le corrió a fs. 786.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que corresponde, en primer lugar, tratar la defensa opuesta por el Estado Nacional para que se declare no habilitada la instancia por falta de agotamiento de la vía administrativa. Al respecto cabe señalar que el Tribunal ha establecido, reiteradamente, que la competencia originaria de la Corte proviene de la Constitución Nacional y no puede quedar subordinada al cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes locales ni al agotamiento de los trámites administrativos previos (Fallos: 329:2680, 326:1258 y sus citas y 322:473, entre otros), pues al ser su jurisdicción de raigambre constitucional, no es susceptible de ser ampliada, restringida ni modificada por reglamentación local (Fallos: 311:872; 312:425 y 327:699 y sus citas, entre otros).

3º) Que la cuestión en debate requiere determinar si las condiciones de prestación del servicio de la FTT, principalmente las económicas —el valor del peaje por la FTT— pueden ser establecidas por la Secretaría de Energía de la Nación en el marco de la jurisdicción federal que surge de la ley 24.065 y sus reglamentaciones, en particular de los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios (resolución S.E. 61/92), o bien deben aplicarse las estipulaciones del contrato de concesión convenidas por EDESAL con la Provincia de San Luis el 2 de marzo de 1993, según aquella sociedad las considera aplicables (ver fs. 99 y 674/674 vta.).

Cabe retener que la función técnica de transporte (FTT) es definida por la resolución 159/94 de la Secretaría de Energía, como “el servicio de vinculación que cumplen las instalaciones eléctricas que forman parte del Sistema Argentino de Interconexión (SADI) o las que están conectadas con éstas o con instalaciones conectadas con estas últimas [...] en cuanto comunican físicamente a los vendedores y compradores de energía eléctrica entre sí y con el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM)”.

4º) Que en las causas “Empresa Distribuidora de Energía Norte S.A. s/ resolución 707/98 ENRE”; “Eden S.A. s/ resolución 707/98 Ente Nacional Regulador de la Energía” (ver ambas en Fallos: 330:5257) y E.91.XXXVII “Eden S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ nulidad de resolución E.N.R.E. 671/99”, pronunciamiento del 12 de octubre de 2010, esta Corte ha considerado una cuestión sustancialmente análoga a la aquí debatida y ha decidido que para resolver la controversia deben aplicarse las normas federales que regulan las condiciones de prestación de la Función Técnica de Transporte de Energía Eléctrica.

En efecto, en dichos precedentes este Tribunal ha reiterado que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco regulatorio federal incorporado al concepto abarcativo que supone la interpretación del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional. Así se lo recordó en la causa “Hidroeléctrica El Chocón S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro” (Fallos: 320:1302, considerando 5º), al señalar que en esa inteligencia el Congreso dictó las leyes 15.336 y 24.065 en el ejercicio de su competencia para legislar sobre la planificación, las pautas generales y la ordenación de la política energética. Esas facultades –se dijo entonces– inspiran el régimen legal vigente y se justifican si se advierten las modalidades asumidas por la explotación de la energía que integra, en el llamado Sistema Argentino de Interconexión, los puntos de generación y consumo que puedan originarse en distintas jurisdicciones (ver también Fallos: 322:2624; 329:595; 330:4564 y 333:2159).

Más adelante, en el caso de la Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) (Fallos: 322:1781), se sostuvo, con directa relación al llamado Pacto Federal suscripto el 12 de agosto de 1993, que dicho acuerdo, creación del federalismo de concertación, venía a integrar el marco de federal de la energía (ver también “Buenos Aires, Provincia de c/ Estado Nacional

(Ministerio de Obras y Servicios Públicos)", Fallos: 323:3949, considerando 3°).

5°) Que asimismo se señaló que ya la ley 15.336 (sancionada el 15 de septiembre de 1960 y publicada en el B.O. el 22 de septiembre de ese año) sujetó a sus disposiciones las actividades "destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad, en cuanto las mismas correspondan a la jurisdicción nacional" (artículo 1°).

Respecto de las tres primeras, les compete tal jurisdicción cuando —entre otros supuestos— "se destinen a servir el comercio de energía eléctrica entre la Capital Federal y una o más provincias o una provincia con otra" o cuando "en cualquier punto del país integren la Red Nacional de Interconexión" (artículo 6°, incisos b y e).

En cuanto a la distribución, la ley denomina "servicio público de electricidad" a la "distribución regular y continua de energía eléctrica para atender a las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad" (artículo 3°), declarándola de jurisdicción nacional "cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación" (artículo 6°, *in fine*). Se afirmó, en Fallos: 323:3949 —citado—, que en esos casos el otorgamiento de concesiones y el ejercicio del poder de policía es facultad del Poder Ejecutivo Nacional (artículo 11, modificado por la ley 24.065).

Coexisten, pues, en la ley, sistemas eléctricos de carácter federal, otros provinciales, y una Red Nacional de Interconexión integrada por los servicios nacionales interconectados.

6°) Que la ley 24.065 vino a integrar con la anterior el "marco regulatorio eléctrico" (artículo 92) y, según se afirma en el artículo 85, es "complementaria de la ley 15.336 y tiene su mismo ámbito y autoridad de aplicación".

La norma califica como servicio público no sólo a la distribución sino también al transporte del fluido (artículo 1°), y considera "actores reconocidos del mercado eléctrico" a los generadores o productores, a los transportistas, a los distribuidores y, en lo que aquí interesa, introduce la figura de los "grandes usuarios" (artículo 4°). Esta categoría de sujetos, es definida por la ley como la que le corresponde a todo aquel que contrata "en forma independiente y para consumo propio,

su abastecimiento de energía eléctrica con el generador y/o el distribuidor” (artículo 10).

Por su parte, la reglamentación precisa que es Gran Usuario quien “por sus características de consumo puede celebrar contratos de compraventa de energía eléctrica en bloque con los generadores que define el Inciso a) del Artículo 35 de la ley 24.065, estando sujetos a jurisdicción nacional cuando tales contratos se ejecuten a través del SISTEMA ARGENTINO DE INTERCONEXION” y delega a la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos la facultad de precisar los módulos de potencia y energía y demás parámetros técnicos que caracterizan al “gran usuario”.

Aclara además que “todo contrato del Mercado a Término (MEM) se ejecuta a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI). A su vez, implica operar en el Mercado Spot del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) para transar los saldos cuando existieren” (artículo 10 del anexo I del decreto 1398/92, modificado por el artículo 4° del decreto 186/95).

Cabe consignar, entonces, que todo Gran Usuario, cualquiera sea su ubicación territorial, en cuanto contrata su abastecimiento con un generador en el MEM para ser ejecutado a través del SADI (artículo 35 de la ley 24.065, artículo 10 del decreto 1398/92 y artículos 6° y 7° de la resolución S.E. 137/92), está sometido a la jurisdicción federal y como cualquier otro agente de ese mercado, debe actuar de conformidad con las normas dictadas a tal efecto por la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación (artículo 6° del decreto 186/95).

7°) Que, como se ha señalado precedentemente, la prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la expresión “comercio” del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional, como así también en los incisos 18 y 30 de ese artículo (Fallos: 305:1847; 320:1302; 322:2624; 323:3949 y 329:595). Ello justifica el sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos ejecutados a través del sistema argentino de interconexión, como así también aquéllos que se realizan por medio de la actuación de quienes operan en el mercado nacional, ya que se encuentra involucrado el comercio federal de energía.

8°) Que no existen, por tanto, dudas acerca del marco normativo que rige la causa si se recuerda que el artículo 10 del anexo I del decreto

reglamentario 1398/92 de la ley 24.065 –que es por su propia definición complementaria de la ley 15.336, y conjuntamente con ésta conforma el marco regulatorio de la materia–, modificado a su vez por el artículo 4° del decreto 186/95 declara “sujetos a jurisdicción nacional” los contratos celebrados por los Grandes Usuarios cuando “se ejecuten a través del SISTEMA ARGENTINO DE INTERCONEXION”, pues esa ejecución implica emplear las instalaciones de transmisión y transformación que integran el sistema.

9°) Que tampoco se advierte que las normas cuestionadas avancen sobre las facultades reconocidas a las provincias. En ese sentido, ya en el caso “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.E.G.B.A. c/ Municipalidad de Ensenada” (Fallos: 270:11), esta Corte, al estudiar el sustento constitucional de la ley 14.772, que sometió a la jurisdicción nacional los servicios de energía eléctrica interconectados con la Capital Federal, reconoció las facultades privativas del Congreso de la Nación “para legislar sobre aspectos de las actividades interiores de las provincias con el objeto de fomentar el bienestar general en el orden nacional y en la medida que a tales fines fuese necesario”, lo que excluye la actuación de las autoridades locales, en la medida en que dicha actuación obstruya la regulación nacional. Desde luego, ello no invalida la subsistencia de los poderes locales en el marco de su competencia constitucionalmente reconocida (Fallos: 323:3949, considerando 7°).

10) Que, por otro lado, no resultan atendibles los argumentos de la actora acerca de los alcances de su adhesión a la ley 24.065, por cuanto pretender la inaplicabilidad de la ley y sus normas complementarias en el caso *sub examine*, en cuanto interesan al régimen federal de energía, resulta exorbitante respecto de las potestades propias del Estado provincial (artículo 98 de la ley) (confr. Fallos: 323:3949, considerando 9° y causas “Empresa Distribuidora de Energía Norte S.A. s/ resolución 707/98 ENRE” y “Eden S.A. s/ resolución 707/98 Ente Nacional Regulador de la Energía”, (ver ambas en Fallos: 330:5257) y E.91.XXXVII “Eden S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ nulidad de resolución E.N.R.E. 671/99”, sentencia del 12 de octubre de 2010).

11) Que, las distribuidoras transportan y comercializan a sus usuarios comunes energía eléctrica que han comprado en el MEM, mientras que cuando prestan la FTT sólo transportan dicha energía. En ese supuesto, la electricidad que fluye por sus cables con destino a los Grandes Usuarios no le pertenece porque no la ha comprado

ni la venderá; sólo la transporta, es decir, facilita sus instalaciones para conducir la electricidad, hasta el destino del comprador. La FTT permite, pues, la comunicación de agentes del MEM (formado con la oferta y la demanda de los actores de ese mercado) haciendo posible la circulación de energía eléctrica y la materialización de los contratos acordados entre vendedores y compradores.

Cuando cumplen esa función, las distribuidoras lo hacen exclusivamente en base al funcionamiento del MEM e independientemente de sus funciones de distribuidor local, debiendo sujetarse necesariamente a todas sus normas y reglamentaciones ya que están actuando en un ámbito estrictamente federal que regula el funcionamiento del MEM y que precisamente se halla contenida en las resoluciones de la Secretaría de Energía de la Nación 61/92, 137/92 y 159/94 (Anexo 27 – Los Procedimientos), donde se prevé un expreso y obligatorio compromiso de los agentes de mercado de operar de acuerdo con la metodología allí dispuesta.

12) Que en este marco, carece de relevancia que las redes por donde se desarrolla el transporte pertenezca al sistema eléctrico de la Provincia porque, para hacer surtir la competencia nacional, lo determinante es tanto la calidad de las personas involucradas –agentes del Mercado Eléctrico Mayorista nacional– como la materia en disputa, es decir, las condiciones en que se presta el servicio técnico de transporte (arg. “Empresa Distribuidora San Luis S.A. c/ Ente Nacional Regulador de la Electricidad”, Fallos: 329:4438 y causas “Empresa Distribuidora de Energía Norte S.A. s/ resolución 707/98 ENRE” y “Eden S.A. s/ resolución 707/98 Ente Nacional Regulador de la Energía”, ver ambas en Fallos: 330:5257).

13) Que de lo hasta aquí expuesto se desprende que no merecen óbice las resoluciones impugnadas que dispusieron que debía facturarse la tarifa por la prestación de la FTT de acuerdo a lo dispuesto en las normas federales.

14) Que cabe agregar además que el 29 de mayo de 1998, la Comisión Reguladora Provincial de la Energía Eléctrica de San Luis –organismo con competencia y autoridad regulatoria sobre el sector eléctrico local– decidió dictar la resolución N° 05 –CRPEE 98– y modificar el Cuadro Tarifario Inicial previsto en el contrato de concesión entre EDESAL y la Provincia, de 1993, incluso en lo relativo a esta cuestión, atento a lo establecido en los artículos 42 y 43 de la ley 24.065, para

hacer coincidir ambos regímenes (ver Fallos: 329:4438, el dictamen del señor Procurador Fiscal al que remitió esta Corte).

En este sentido, en el capítulo 4, inciso 2º del Anexo I, bajo el título “Tarifa por el Servicio de Peaje” se dispuso que la distribuidora estaría obligada a permitir a los Agentes del Mercado Eléctrico Mayorista ubicados en su zona de concesión que efectúen contratos con Generadores, el uso de sus instalaciones de Distribución, debiendo adecuarlas con el propósito de efectuar la correcta prestación del servicio. Se precisó además que para estos Agentes regirían las disposiciones dictadas o a dictarse por la Secretaría de Energía de la Nación (ver fs. 735/736).

15) Que la solución a la que se arriba también se ve abonada por otros extremos coincidentes. En efecto, como bien lo destaca la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 787/793, la Secretaría de Energía de la Nación, al dictar la resolución S.E. 672/06 (B.O. 18/05/06), reafirmó el carácter federal de la vinculación de los Grandes Usuarios con el MEM, y estableció las condiciones básicas que deben cumplir las solicitudes de los prestadores adicionales de la función técnica de transporte, y las situaciones que se deben evaluar, para examinar si corresponde adecuar, según los casos que se presenten a su consideración, las tarifas en cuestión.

En este contexto, EDESAL solicitó y obtuvo, por la resolución S.E. 408/08, la autorización para aplicar hacia el futuro las condiciones de la prestación de la FTT que pretendía. Ello demuestra que no sólo no cuestionó la competencia de la autoridad federal para dictar las resoluciones en cuestión, sino que, además, puso en evidencia su expreso reconocimiento a la competencia de la Secretaría de Energía de la Nación.

16) Que por tanto, más allá de las consideraciones que efectúa la demandante en relación a las mentadas resoluciones, la conducta asumida importó corroborar que es una atribución propia de los organismos federales la de fijar las condiciones técnicas y económicas por la prestación del servicio de la FTT.

Por lo demás, contrariamente a lo que sostiene la actora a fs. 10 y 14 vta./15 vta., no se afecta su derecho de propiedad, en atención a que ella se sometió voluntariamente al régimen jurídico que regula el MEM, al tiempo de su ingreso como agente reconocido de ese mercado.

17) Que, por último, en relación al agravio de la Provincia de San Luis de fs. 210/210 vta., para que se declare la nulidad de la cláusula contenida en el inciso 2º del capítulo cuarto del anexo I del contrato de concesión que suscribió con la actora, carece de la debida fundamentación por estar desprovisto de un sustento fáctico y jurídico cierto y efectivo; por lo que corresponde desestimarlos. Por lo demás, no se advierte agravio que justifique semejante decisión si se considera que las estipulaciones allí contenidas, deben ser examinadas en caso de conflicto en el marco de prelación contemplado en el contrato de transferencia suscripto el 2 de marzo de 1993 (ver artículo 8.3), de conformidad con las previsiones contenidas en las leyes de la Provincia de San Luis y de la República Argentina (su artículo 11), y sin perjuicio del marco legal sustancial dado por la ley nacional 24.065 (ver artículos 1º, capítulo II, y 49, capítulo XXV, del contrato de concesión de Distribución del Servicio Público Eléctrico en toda la Provincia de San Luis), claro está, según las cosas o las personas cayeren bajo las jurisdicciones locales (arg. artículo 75, inciso 12, Constitución Nacional); situación que, como queda expuesto, no se presenta en el *sub lite* (ver fs. 163, 166 y fs. 101 del expediente administrativo MEyOSP N° 750-001425/96 acompañado).

Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: Rechazar la demanda seguida por la Empresa Distribuidora San Luis S.A. contra el Estado Nacional. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Nombre del actor: **Edesal S.A.**

Nombre de los demandados: **Estado Nacional (ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) y Provincia de San Luis (citada como tercero).**

Profesionales intervinientes: **doctores Pablo J. Piccoli; Máximo J. Fonrouge; Juan Pablo Martini; María Ida A. A. Ricardone; Silvia M. Palacios; Carlos Domínguez Folgueiras; Irene A. Marziano; Eduardo S. Allende; José Samper; Walter O. Gatti; R. A. Patricio Carballes; Alejandro Enrique Scarano y Sandra Sirur Flores.**

MODA S.R.L. s/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN (C1216)

COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Corresponde confirmar la sentencia que anuló la resolución 23/08 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en la que se había dispuesto archivar las actuaciones instruidas como consecuencia de una denuncia de hechos prohibidos por la ley 25.156, ya que la misma constituía una determinación de mérito, temperamento que, atento a su trascendencia y consecuencias, se identifica claramente con la actividad resolutoria y excede las facultades de investigación e instrucción del procedimiento que el ordenamiento le asigna a la Comisión, no pudiendo soslayarse que dentro de las potestades decisorias que competen al Secretario de Comercio se encuentra, entre otras, el archivo de las actuaciones y que no puede sostenerse –como pretende la recurrente– que el mismo haya respondido en este caso exclusivamente a razones formales.

COSTAS.

Corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y confirmar la sentencia y, en atención a que la contestación del recurso no satisface los recaudos establecidos en el art. 1º del reglamento aprobado por la Acordada 4/2007, imponer las costas por su orden.

–Las juezas Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia parcial, consideran que las costas se deben imponer al vencido–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 405/406, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (sala A) resolvió anular la resolución 23/08 dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia por la que se ordenó archivar las actuaciones iniciadas por la denuncia de hechos prohibidos por la ley 25.156, formulada por Moda S.R.L.

Para decidir de ese modo, el tribunal entendió que la desestimación y archivo de una denuncia es una función del futuro Tribunal de Defensa de la Competencia pero que, en la actualidad, dada su falta

de conformación y conforme al art. 58 de la ley 25.156, era una medida que debía adoptar –como atribución prevista en la ley 22.262– el Secretario de Comercio Interior y no la Comisión Nacional como sucedió en el presente.

– II –

Disconforme, el Estado Nacional interpone el recurso extraordinario de fs. 412/422, contestado a fs. 430/434, que fue concedido a fs. 436.

El recurrente sostiene que: a) la sentencia efectúa una errónea interpretación de la ley 25.156 porque corresponde legalmente a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia la decisión de archivar las denuncias; b) la resolución anulada no “desestima” una denuncia sino que “archiva” unas actuaciones; c) la decisión de archivar es una medida instructoria y ordenatoria propia de las atribuciones de la Comisión Nacional; d) la resolución 23/08 no es de fondo; e) el fallo no tiene sustento jurisprudencial en tanto otras salas sostienen lo contrario en punto a la competencia de la Comisión Nacional.

– III –

A mi modo de ver, el recurso es formalmente admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de las leyes 22.262 y 25.156 y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas.

En cuanto al fondo del asunto, circunscribo el examen del recurso a la interpretación que la cámara formula respecto de qué órgano entiende competente para dictar los actos como el cuestionado en autos, a la luz de lo dispuesto en las citadas leyes.

Al respecto, ella guarda sustancial analogía con la examinada en mi dictamen del 22 de junio de 2006 en los autos C.1216, L. XLI “Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II y otros s/ apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”; R.1170, L.XLII “Recreativos Franco s/ apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia” en dictamen del día 26 de diciembre de 2006 y B.1626, L.XLII “Belmonte, Manuel y Asociación Ruralista de General Alvear c/ Ministerio de Economía y Producción-Secretaría de Coordinación Técnica-Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (recurso de hecho)” en dictamen

del 16 de julio de 2007, cuyos fundamentos –que doy por reproducidos por razones de brevedad en cuanto fueren aplicables al presente– fueron compartidos por V.E. en los respectivos pronunciamientos del 5 de junio de 2007 y del 16 de abril de 2008.

Así, tampoco asiste razón al recurrente cuando sostiene que sólo se trata de una mera resolución de archivo por falta de ratificación de la denuncia por parte de Moda S.R.L. –cuestiones formales– y no de fondo, toda vez que a poco que se lea la resolución anulada queda en evidencia que el archivo se produjo, más allá de la cuestión formal, por entenderse que la denuncia era improcedente y que como tal correspondía su desestimación (ver párrafos 7 a 12 del considerando de la resolución cuestionada obrante a fs. 31/34).

– IV –

Opino, por lo tanto, que corresponde confirmar la sentencia de fs. 405/406 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 5 de agosto de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Moda S.R.L. s/ solicitud de intervención (C.1216)”.

Considerando

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico anuló la resolución 23/08 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en la que se había dispuesto archivar las actuaciones instruidas como consecuencia de la denuncia de hechos prohibidos por la ley 25.156 presentada por Moda S.R.L.

2º) Que para así resolver el *a quo* señaló que el acto impugnado, en tanto desestimaba y archivaba la denuncia formulada por Moda S.R.L., no constituía una medida ordenatoria o instructoria tendiente a un estudio o investigación de mercado, sino que era una verdadera decisión de fondo, por lo que sólo podía ser adoptada por el Secretario

de Comercio Interior. En consecuencia, concluyó en que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia carecía de facultades para actuar como lo había hecho, lo que determinaba la nulidad absoluta e insanable de la resolución 23/08 de la Comisión Nacional de Defensa del Consumidor.

3º) Que, contra esta decisión, el Estado Nacional –Ministerio de Economía y Finanzas– interpuso recurso extraordinario federal, en el que sostiene los siguientes agravios: a) la sentencia efectúa una incorrecta interpretación de las disposiciones de la ley 25.156 en la que se reconoce que es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a quien corresponde la decisión de archivar las denuncias; b) en la resolución impugnada no se desestima una denuncia sino que se archivan las actuaciones, decisión que por su carácter instructorio corresponde a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y c) la resolución 23/08 de la Comisión no se expide sobre el fondo de la cuestión planteada.

4º) Que, contestado el referido recurso, éste fue concedido a fs. 436 y resulta formalmente admisible pues se ha puesto en tela de juicio el alcance y la interpretación que cabe asignar a las leyes 22.262 y 25.156 y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas.

5º) Que a los efectos de dilucidar cuál es la autoridad que, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes 22.262 y 25.156 es la competente para dictar actos como el que en la *sub examine* se cuestiona, resulta indispensable recordar que esta Corte ha señalado que “...la autoridad a la que alude el art. 58 de la ley 25.156 comprende a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia –con facultades de instrucción y de asesoramiento– y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según la estructura organizativa, le corresponda la facultad resolutoria a través del dictado de los actos administrativos pertinentes. Ello es así, (...) hasta tanto el Tribunal creado por la ley 25.156 se constituya –en cuyo caso corresponderá, según dispone dicha ley, tanto la tarea instructoria como la de decisión– y mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en su artículo 58...” (Fallos: 330:2527 y 331:781).

En razón de ello se destacó que “la instrucción e investigación de las infracciones a la ley son facultades de la Comisión Nacional, como también la de emitir los dictámenes pertinentes que indiquen y aconsejen a la autoridad administrativa competente, cuando la ley así lo prevé,

el tratamiento a seguir en las actuaciones”. La facultad resolutoria de estos procedimientos, por medio del dictado de actos administrativos, corresponde al Secretario ministerial (confr. fallos cit.).

6º) Que, en el caso, la recurrente sostiene que la resolución 23/08 de la Comisión Nacional de Defensa del Consumidor, en tanto sólo dispuso el archivo de las actuaciones por falta de ratificación de la denuncia y no su desestimación, constituye una medida de carácter instructorio que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia se encuentra habilitada a dictar.

7º) Que el criterio propuesto no resulta atendible a poco de que se repare en que la decisión que dispone el archivo de las actuaciones, cualquiera sea la razón que la justifique, constituye una determinación de mérito respecto de la denuncia formulada, temperamento que, atento a su trascendencia y consecuencias, se identifica claramente con la actividad resolutoria y excede las facultades de investigación e instrucción del procedimiento que el ordenamiento le asigna a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Por otra parte, no puede soslayarse que es esta la inteligencia que el Tribunal ha asignado a las normas en examen al señalar que dentro de las potestades decisorias que competen al Secretario de Comercio se encuentran, entre otras, las de “...aplicación de multas, **de archivo de las actuaciones**, de desestimación de denuncias, de aceptación de compromisos, de cese o abstención de la conducta imputada, de disposición de pase del expediente a la justicia...” (Fallos: 330:2527, lo resaltado y subrayado no corresponde al original).

8º) Que, finalmente, tampoco puede sostenerse, como pretende la recurrente, que el archivo de las actuaciones haya respondido exclusivamente a razones formales. Por el contrario, el examen de la resolución 23/08 de la Comisión Nacional de Defensa del Consumidor permite advertir que en ese acto no sólo se mencionó la falta de ratificación de la denuncia formulada sino que también se hizo mérito de los aspectos de fondo del planteo y se expusieron las razones que determinaban su improcedencia y justificaban su desestimación (confr. considerandos 7º a 12, en especial éste último).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia de fs. 405/406. Costas por su orden en atención

a que la contestación de fs. 430/434 no satisface los recaudos establecidos en el art. 1° del reglamento aprobado por la acordada 4/2007. Notifíquese y devuélvase.

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

DISIDENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que las suscriptas coinciden con lo expresado en el voto que antecede con excepción de las costas, las que se imponen al vencido.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia de fs. 405/406. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional – Ministerio de Economía y Finanzas Públicas**, representado por la Dra. **Nélida Lorena Casco**. Traslados contestados por **Moda S.R.L., actora en autos**, representada por el Dr. **Sebastián Alfredo García Menéndez** y por el **Fiscal General de Cámara Dr. Ramiro R. Rodríguez Bosch**. Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A.**

PETROBRAS ENERGIA S.A. C/ TERMINALES RIO DE LA PLATA S.A. Y OTRO
s/ SUMARÍSIMO

PUERTOS.

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y dispuso que las tarifas que percibían las terminales portuarias debían incluirse entre los contratos de servicios públicos alcanzados por la “pesificación”, hasta tanto las

autoridades administrativas competentes concluyeran los respectivos procesos de renegociación y se fijara de manera definitiva el marco tarifario que debían aplicar las concesionarias, pues dado que esas tarifas son un precio regulado por el Estado Nacional y cobrado por las concesionarias, que abonan los responsables de los buques y de las cargas vinculadas a operaciones de comercio internacional que se realizan por el Puerto Nuevo de Buenos Aires, ello permite descartar que el legislador hubiese pretendido incluirlas en las disposiciones del arto 8° de la ley 25.561.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

PUERTOS.

Si bien se realizó una distinción entre los servicios portuarios que se prestaran en operaciones de comercio exterior —excluidas de la pesificación— y las correspondientes a operaciones de cabotaje —en las que se mantuvo la paridad de un peso por cada dólar estadounidense—, dicho tratamiento diferenciado quedó justificado, en materia de tarifas portuarias, en el hecho de que los buques y las cargas pertenecientes al tráfico de cabotaje se vieron inmersas en la crisis nacional, mientras que las operaciones de comercio exterior obedecen a variables ajenas al mercado local.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

A fs. 914/917, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala I) confirmó la sentencia de la instancia anterior y, al hacer lugar a la demanda de amparo iniciada por Pecom Energía S.A. (posteriormente denominada Petrobras Energía S.A.) contra Terminales Río de la Plata S.A. y Buenos Aires Container Terminal Services S.A. (concesionarias de terminales portuarias en el Puerto Nuevo de la Ciudad de Buenos Aires), dispuso que las tarifas que percibían las demandadas de parte de la actora debían mantenerse en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense más el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) de conformidad con lo dispuesto por el art. 8° del decreto 214/02, hasta tanto las autoridades administrativas competentes concluyeran los respectivos procesos de renegociación de los contratos de servicios públicos.

Para así decidir, luego de reseñar las normas que estimó aplicables al caso (art. 8° de la ley 25.561, art. 8° del decreto 214/02, decretos 293/02, 370/02 y 311/03 y resolución 20/02 del Ministerio de Economía), destacó la clara voluntad del Poder Ejecutivo Nacional, ejercida en la órbita de su facultad legisferante, de incluir a las tarifas que percibían las terminales portuarias entre los contratos de servicios públicos alcanzados por la “pesificación” y sujetos a las normas de renegociación sancionadas, y concluyó en que, hasta tanto se fijara de manera definitiva el marco tarifario que debían aplicar las concesionarias, aquellas tarifas habían sido “pesificadas” a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.561 y el decreto 214/02.

– II –

Disconformes, las demandadas Terminales Río de la Plata S.A. y Buenos Aires Container Terminal Services S.A. interpusieron sendos recursos extraordinarios (a fs. 923/938 y 940/959, respectivamente), los que fueron concedidos en cuanto se hallaba en juego la inteligencia y aplicación de normas federales y expresamente rechazados respecto de la arbitrariedad y gravedad institucional atribuidas a la decisión, sin que las recurrentes plantearan queja alguna.

En su recurso, Terminales Río de la Plata S.A. señala que la sentencia recurrida lesiona su derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional), pues la obliga a percibir por sus servicios una suma inferior al precio que tiene derecho a recibir según el cuadro tarifario autorizado por la autoridad de aplicación en el marco del contrato de concesión suscripto con el Estado Nacional.

Agrega que, de acuerdo con el pliego de bases y condiciones para la concesión de las terminales del Puerto Nuevo, factura no solamente las tarifas por los servicios prestados, sino también las tasas a las cargas por cuenta y orden de la Administración General de Puertos, por los servicios que ésta presta a los usuarios de la infraestructura portuaria.

Estima que son de aplicación al *sub examine* las consideraciones realizadas por V.E. en los casos “Mexicana de Aviación” y “Líneas Aéreas Costarricenses” (Fallos: 331:1942 y 332:1952, respectivamente), las que conducen a concluir en que el contrato de concesión que suscribió

con el Estado Nacional está excluido de las previsiones de los arts. 8° y 9° de la ley 25.561.

Indica que la Cámara omitió pronunciarse acerca de lo dispuesto en la comunicación “A” 3425 del Banco Central de la República Argentina en cuanto a las operaciones que deben liquidarse en dólares, entre las que se encuentran los gastos en el país de buques, aeronaves y medios de transporte internacional terrestre extranjeros, el arrendamiento de buques, aeronaves y demás medios locales de transporte terrestre de carga y el arrendamiento de espacios o depósitos en puertos argentinos.

A su turno, Buenos Aires Container Terminal Services S.A. también se agravia de que se consideren aplicables al caso las disposiciones de la ley 25.561 (arts. 8° a 10), cuando —a su criterio— las tarifas portuarias no se encuentran contempladas en tales preceptos, dado que el contrato que suscribió con el Estado Nacional no involucra una concesión de servicios públicos, sino una concesión de uso público.

Destaca que el *a quo* no tuvo en cuenta las actas firmadas por la Administración General de Puertos y las terminales portuarias, en las que se entendió que esas concesiones no estaban sujetas a la ley 25.561 y que, por lo tanto, las tarifas expresadas en dólares no quedaban alcanzadas por sus disposiciones.

Agrega que la Cámara tampoco tuvo presente que en los servicios vinculados al comercio exterior, el Poder Ejecutivo Nacional decidió no aplicar la conversión de un peso por cada dólar estadounidense, y citó como ejemplo de ello lo dispuesto en los decretos 576/02 y 577/02.

– III –

Los recursos extraordinarios son formalmente admisibles, porque en autos se encuentra en tela de juicio el alcance de normas de naturaleza federal (leyes 23.696, 24.093 y 25.561; decretos 214/02, 293/02, 320/02, 370/02 y 311/03; y otras de carácter reglamentario), así como la validez de actos de una autoridad nacional (nota 478/02 de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, que ratificó el acta firmada el 14 de mayo de 2002 por las terminales del Puerto Nuevo de Buenos Aires y la Administración General de Puertos S.E.) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido adversa a los derechos que los

apelantes fundaron en aquéllas, tal como lo establece el art. 14, incs. 1° y 3°, de la ley 48 (Fallos: 311:1835; 316:1567; 321:1614 y 1848; 324:1871; 326:3308; 330:1649; 331:735, entre otros).

Por otra parte, al versar la causa sobre la inteligencia de normas federales, V.E. no se encuentra limitada por los argumentos del tribunal apelado o de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 310:2200; 314:529 y 1834; 316:2624, entre otros).

– IV –

En primer lugar, cabe señalar que en autos no se encuentra controvertido que Buenos Aires Container Terminal Services S.A. y Terminales Río de la Plata S.A. (antes denominada River Plate Container Terminal S.A.), demandadas en autos, son concesionarias de terminales portuarias del Puerto Nuevo de esta ciudad (v. decretos 1195/94 y 1693/94), y que Petrobras Energía S.A. (denominada anteriormente Pecom Energía S.A.) ha concretado operaciones de comercio internacional utilizando esas instalaciones portuarias.

En el *sub lite* se halla en discusión –en síntesis– si las tarifas que la actora debía abonar a las demandadas por los servicios portuarios que éstas prestaron a las operaciones de comercio exterior que la primera realizó, fueron válidamente fijadas en dólares estadounidenses con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.561 y el decreto 214/02 hasta la finalización del proceso de renegociación de los referidos contratos, que fue instrumentado en las actas acuerdo suscriptas por la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos y las empresas concesionarias y que culminó con la ratificación de tales actas acuerdo por el Poder Ejecutivo Nacional por medio del decreto 1991/09, previa intervención del H. Congreso de la Nación en los términos del art. 4° de la ley 25.790 (v. considerandos del último decreto citado).

En lo que aquí interesa, cabe señalar que el pliego de condiciones generales de la licitación pública convocada en el marco de lo dispuesto por las leyes 23.696 y 24.093, los decretos 2074/90, 817/92 y 1019/93 y la resolución 669/93 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, facultó a las concesionarias de las terminales del Puerto Nuevo de Buenos Aires a expresar en pesos o en dólares estadounidenses

los valores de las tarifas a percibir de los usuarios por los servicios que presten a los buques y a las cargas, potestad que quedó sujeta a la lista básica de precios (denominada “estructura homogénea”), a los valores máximos fijados en los anexos IV y V, respectivamente, y a las demás condiciones establecidas en las bases del contrato, entre ellas, que las tarifas fueran públicas, justas y razonables y que no excedieran lo necesario para una explotación eficiente de la terminal, permitiendo una rentabilidad adecuada a la inversión realizada (v. arts. 36, 37 y 38).

Luego de que entrara en vigencia la ley 25.561, entre la Administración General de Puertos S.E. y las terminales del Puerto Nuevo se firmó el acta acuerdo del 8 de enero de 2002, en la que las concesionarias pusieron de manifiesto que estaban facturando sus tarifas bajo la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense por considerar que ese sería, en principio, el tipo de cambio aplicable a las operaciones de comercio exterior, sin perjuicio de reajustarlas en más o en menos en caso de que se determinara por vía de reglamentación una paridad distinta.

El 14 de mayo de ese año, en una nueva reunión las mismas partes expresaron que, al existir un único y libre mercado de cambios, correspondía adecuar el acta anterior y sujetar las tarifas por operaciones de comercio exterior a esa libertad cambiaria, *ad referendum* de la aprobación de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, la que ratificó esa acta por medio de la nota 478/02.

Cabe aclarar que las tasas que la Administración General de Puertos S.E. cobra –por sí o mediante agentes de percepción– a los responsables de los buques y de las cargas (v. arts. 34 y 35 del pliego de condiciones generales), no se encuentran comprendidas en el objeto de esta *litis*, en la que sólo se discute –reitero– el valor de las tarifas que cobraron las concesionarias demandadas hasta la finalización del proceso de renegociación contractual por los servicios que prestaron a la actora en las terminales del Puerto Nuevo de Buenos Aires que ellas gestionan.

– V –

Desde mi punto de vista, el pronunciamiento apelado se limita a extender, hasta la finalización del proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos, los efectos de la medida cautelar dic-

tada en la causa –en la que se ordenó precautoriamente la conversión a pesos de las tarifas que cobraban las demandadas, a la paridad de un peso con cuarenta centavos por cada dólar estadounidense más la aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (v. fs. 52/55 del incidente de medida cautelar)–, y no resuelve la cuestión de fondo planteada, esto es, si las mentadas tarifas quedaron, o no, alcanzadas por el art. 8° de la ley 25.561, el que dispuso que en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedaban sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio, y los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedaban establecidos en pesos a la relación de cambio de un peso por cada dólar estadounidense.

– VI –

Sentado lo anterior, a mi modo de ver resultan analógicamente aplicables al *sub examine* las consideraciones efectuadas por V.E. en el caso “Mexicana de Aviación S.A. de C.V. c/ E.N. - M° Defensa - FAA Dto. 577/02 s/ amparo ley 16.986” (Fallos: 331:1942), que este Ministerio Público hizo suyas, en lo pertinente, en el dictamen del 5 de agosto de 2009 en la causa T. 301., L.XXXVII., Originario, “Terminal Quequén c/ Estado Nacional y otra s/ ordinario”.

En efecto, se trata aquí de los valores de las tarifas que la actora abona a las concesionarias de terminales portuarias por el uso de éstas y por los servicios complementarios a las operaciones de comercio exterior que las demandadas prestan a los usuarios de cada terminal.

Esas tarifas son un precio regulado por el Estado Nacional y cobrado por las concesionarias, que abonan los responsables de los buques y de las cargas vinculadas a operaciones de comercio internacional que se realizan por el Puerto Nuevo de Buenos Aires, lo que permite descartar que el legislador hubiese pretendido incluirlas en las disposiciones del art. 8° de la ley 25.561.

Como señaló el Tribunal en el recordado caso, al modificar la moneda en que se encontraban expresadas ciertas tarifas y precios de servicios públicos, el Congreso Nacional procuró velar por la conti-

nuidad, universalidad y accesibilidad de dichos servicios y evitar, de esa forma, una verdadera conmoción social ya que, en el contexto de una economía nacional “pesificada”, mantener en dólares las tarifas hubiera causado la exclusión de los millones de usuarios de servicios públicos (particulares y comerciales) que habían visto disminuido el valor de sus ingresos producto de la devaluación de la moneda nacional.

En cambio, las tarifas cobradas por las terminales portuarias demandadas respecto de operaciones de comercio exterior se aplican a un sector de la economía que no se vio afectado por la grave crisis que determinó el dictado de la ley 25.561, o al menos no la sufrió con la misma intensidad con que la padecieron los usuarios de los servicios públicos mencionados en el párrafo anterior.

Además, al igual que en el caso de las tarifas aeroportuarias, se realizó una distinción entre los servicios portuarios que se prestaran en operaciones de comercio exterior y las correspondientes a operaciones de cabotaje, manteniéndose con relación a estas últimas la paridad de un peso por cada dólar estadounidense (v. acta acuerdo del 14 de mayo de 2002, ratificada por la nota 478/02 de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables). Ese tratamiento diferenciado queda justificado, en materia de tarifas portuarias, en el hecho de que los buques y las cargas pertenecientes al tráfico de cabotaje se vieron inmersas en la crisis nacional, mientras que las operaciones de comercio exterior obedecen a variables ajenas al mercado local.

Por otra parte, de modo similar a lo señalado por V.E. en aquella oportunidad, estimo que la circunstancia de que se haya incluido a los contratos del sector de servicios portuarios en el proceso de renegociación al que se hace referencia en el art. 9º de la ley 25.561 (v. decretos 293/02 y 311/03) no hace variar las conclusiones precedentes, pues por lo dicho anteriormente las tarifas fijadas por las concesionarias de las terminales portuarias demandadas no estaban incluidas en las previsiones del art. 8º de la referida ley.

– VII –

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a los recursos extraordinarios de fs. 923/938 y 940/959 y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 6 de mayo de 2011. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Petrobras Energía SA c/ Terminales Río de la Plata SA y otro s/ sumarísimo”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca la sentencia apelada. Con costas (arts. 279 y 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

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

Recursos extraordinarios interpuestos por el **Dr. Luis Gustavo Cedrone apoderado de Buenos Aires Container Terminal Services S.A. y por el Dr. Francisco J. Chevallier Boutell apoderado de Terminales Río de la Plata S.A.**

Traslado contestado por el **Dr. Gustavo Alberto Campobassi apoderado de Petrobras Energía S.A.**

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 6.**

RIGAMONTI, CARLOS ALBERTO c/ AMSA S.A. s/ INDEMN. POR FALLECIMIENTO

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó el reclamo del actor —que mantuvo con el causante, de idéntico sexo, una relación de convivencia pública en aparente matrimonio— con fundamento en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo que reconoce a los beneficiarios con derecho a pensión del régimen previsional, el pago

de una indemnización tarifada para el caso del fallecimiento del trabajador, pues dicha reparación tiende a paliar la situación de desamparo de la familia del trabajador fallecido, originada por la pérdida de los ingresos con que éste subvenía sus necesidades, situación asimilable –en dicho aspecto– a las prestaciones de la seguridad social que fueron objeto de tratamiento en el precedente P. 368. XLIV “P.A. c/ ANSeS s/ pensiones”, del 28/6/2011.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los jueces integrantes de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocaron la sentencia del juez de grado en cuanto había admitido el reclamo del actor con fundamento en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo que reconoce, a los beneficiarios con derecho a pensión del régimen previsional, el pago de una indemnización tarifada para el caso de fallecimiento del trabajador (v. fs. 244/245).

Para así decidir, el *a quo* sostuvo –en lo que aquí interesa– que la expresión “la conviviente” o “el conviviente”, prevista en el art. 53 de la ley 24.241 (que enumera quienes tienen derecho a pensión por muerte) se encuentra precisado en el decreto reglamentario N° 1290/1994, que determina su alcance limitándolo a “la convivencia pública en aparente matrimonio”. Entendió que el “aparente matrimonio consistiría en la “unión del hombre y mujer que no ha sido concertada con ningún rito o formalidad legal” y que la denominación concubinos se entiende como “relación marital de un hombre con una mujer sin estar casado”. Sentado ello interpretó la norma invocada (art. 248, LCT) que al referirse al beneficiario lo “equipara a la viuda”; y cuando el trabajador fuese soltero o viudo –inclusive quien hubiese estado divorciado, en determinadas circunstancias–, reconoce a “la mujer” que hubiese vivido públicamente con aquél en aparente matrimonio.

Explicó que no desconocía que tales beneficios están siendo admitidos institucionalmente cada vez en más países, algunos eliminando las trabas legales total o parcialmente y ensanchando las libertades de las uniones homosexuales, hasta equipararlas en sus derechos a los de las uniones (y casamientos) heterosexuales. Pero, reflexionó que una

cosa es lo que debería propiciarse “*de lege ferenda*”, aclaró: “extender a las parejas homosexuales los beneficios derivados de la relación de trabajo y de la seguridad social”; y otra cosa es aplicar la legislación que nos rige conforme una interpretación armónica de su contenido (“*de lege lata*”). En consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la demanda.

– II –

En mi parecer, los temas traídos a debate guardan sustancial analogía con la examinada en autos S.C. M. N° 2230, L. XL, “Miguez, Juan José c/ Anses y otro”, del 28 de junio de 2007, a cuyos términos y consideraciones corresponde remitir, en lo pertinente, en razón de brevedad.

En estos términos doy por evacuada la vista que se me corriera oportunamente a fs. 268. Buenos Aires, 10 de julio de 2008. *María A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Rigamonti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ indemnización por fallecimiento”.

Considerando:

Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto por el Tribunal en el expediente P.368.XLIV “P.A. c/ ANSES s/ pensiones”, sentencia del 28 de junio de 2011, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad. Ello en razón de que la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo tiende a paliar la situación de desamparo de la familia del trabajador fallecido, originada por la pérdida de los ingresos con que el causante subvenía sus necesidades, situación asimilable –en este aspecto– a las prestaciones de la seguridad social que fueron objeto de tratamiento en el precedente citado.

Por ello y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Costas por su orden en atención a su carácter novedoso. Remítase al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Notifíquese y devuélvase.

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

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto por el Tribunal en el expediente P.368.XLIV “P.A. c/ ANSES s/ pensiones”, sentencia del 28 de junio de 2011, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Costas por su orden en atención a su carácter novedoso. Remítase al tribunal de origen con el fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Hágase saber y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. **Gabriela Faggioni letrada apoderada de Carlos Alberto Rigamonti.**

Traslado contestado por la Dra. **Mirna Isabel Kaploeán letrada apoderada de AMSA S.A.**

Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 55.**

TRANSPORTES METROPOLITANOS BELGRANO S.A. Y OTROS
c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA

IMPUESTO DE SELLOS.

No corresponde gravar con impuesto de sellos local al contrato de concesión para la prestación en forma exclusiva del servicio de transporte ferroviario de pasajeros, pues se trata de una concesión otorgada por la autoridad nacional, que resulta excluida de la normativa provincial (ley 11.484 de la Provincia de Buenos Aires) que sólo comprende a las concesiones otorgadas por la autoridad administrativa, provincial o municipal.

—Del precedente “Aguas Argentinas S.A.” (Fallos: 331:310), al que remite la Corte—.

IMPUESTO DE SELLOS.

Corresponde declarar improcedente la pretensión fiscal referida al impuesto de sellos de la Provincia de Buenos Aires con relación al permiso de concesión para realizar en forma exclusiva el servicio público de transporte ferroviario, ya que —teniendo en cuenta que la autoridad concedente no fue la provincial ni municipal sino el Poder Ejecutivo Nacional— constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el mismo hizo (incs. 13 y 18 del art. 75 de la Constitución Nacional) e importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga a dicho servicio público, lesionando palmariamente el principio de supremacía legal del art. 31 de la Constitución Nacional.

—Del precedente “Línea 22 S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de” (Fallos: 333:538), al que remite la Corte—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

A fs. 218/256, Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. (TMB, en adelante) y los señores Juan Carlos Loustau Bidaut, José Higinio Monserrat y Juan Carlos Arias, éstos por derecho propio y en su carácter de directores de la referida sociedad anónima, promovieron acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que V.E. declare que el contrato de concesión del servicio de

transporte ferroviario de la línea Belgrano Sur, suscripto entre TMB y el Estado Nacional el 18 de abril de 1994, no se encuentra alcanzado por el impuesto de sellos.

Señalaron, en lo que aquí interesa, que la actividad ferroviaria únicamente puede ser gravada por las provincias en la medida en que el Gobierno Federal lo admita, ya que los tributos locales no pueden interferir con el cumplimiento de sus fines, ni con la regulación de comercio interprovincial ni tampoco con los planes federales de organización del ferrocarril (art. 75, incs. 30, 13 y 18, respectivamente, de la Constitución Nacional). Agregaron que, en este aspecto, los poderes provinciales sobre el contrato de concesión están restringidos por las leyes 3.873, 5.315, 18.360, 23.696 y por el decreto 1.105/89.

Aseveraron que el impuesto de sellos no contemplado en la tarifa que fija el Gobierno Nacional constituye una imposición sobre las ganancias del concesionario y, por ello, resulta análogo y superpuesto con el impuesto a las ganancias, lo cual está vedado por el art. 9º de la ley de coparticipación federal 23.548.

Sostuvieron también que los contratos de concesión otorgados por las autoridades nacionales no se encontraban alcanzados por el hecho imponible definido en la ley impositiva vigente al momento de otorgarse la concesión a TMB (ley 11.490, art. 15, inc. A, ap. 3º).

Esgrimieron la indemnidad tributaria del concesionario por las gabelas anteriores a la toma de posesión, recayendo ellas en el Estado Nacional, que es un sujeto exento tanto por la ley provincial (art. 259 del Código Fiscal) como por su propia naturaleza soberana y lo dispuesto por el art. 9º, inc. b), pto. II), de la ley 23.548, en consideración de su eminente interés o utilidad pública.

Destacaron que el contrato de concesión estuvo exento del impuesto de sellos en el lugar de su otorgamiento, por imperio de los decretos 1.105/89 y 11/93, y ello determina que no esté gravado en la Provincia de Buenos Aires, como lo dispone el art. 215, inc. b), del Código Fiscal.

En lo atinente a la responsabilidad solidaria, manifestaron que la provincia no puede alterar la legislación nacional de fondo, según la cual los directores de una sociedad anónima no deben responder ante terceros en la medida en que su conducta sea la de “un buen hombre

de negocios” (arts. 59 y 274, ley 19.550), circunstancia que se encuentra acreditada y reconocida por la propia demandada.

Por último, solicitaron la intervención tanto del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios como de Ferrocarriles Metropolitanos S.A., en los términos del art. 94 del CPCCN.

– II –

A fs. 283/293, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios respondió su citación.

En primer término, manifestó que el Estado Nacional no ha sido codemandado en estas actuaciones, donde se apunta meramente a hacer cesar el estado de incertidumbre acerca de la procedencia o no de un gravamen local. Por ello, aclaró que la eventual responsabilidad que pudiera corresponderle como consecuencia del pago del impuesto de sellos por parte de la actora es una cuestión ajena a su responde y que debe ser dirimida en otro pleito.

Sentado lo anterior, calificó al contrato de concesión como un instrumento del gobierno federal y, por ende, inmune al poder tributario provincial, por el cual se dio cumplimiento al mandato legislativo contenido en la ley 23.696, de transferir al sector privado la empresa Ferrocarriles Argentinos.

Afirmó que el Código Fiscal y la Ley Impositiva de la demandada sólo gravaban las concesiones otorgadas por las autoridades administrativas provinciales y municipales (ley 11.490, art. 15, inc. A, ap. 30), razón por la cual se encuentran excluidas de la imposición aquellas que son dadas por la Nación.

Para finalizar, recordó que el art. 215 del Código Fiscal excluye del gravamen a los actos que acrediten su exención en el lugar de otorgamiento, lo que sucede en la especie, pues el instrumento estuvo exento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –lugar donde se celebró– según lo dispuesto por el art. 3º del decreto 1.105/89.

– III –

A fs. 303/308, la Provincia contestó el traslado de la demanda y solicitó su rechazo.

En primer lugar, explicó que la actora había recurrido ante el Tribunal Fiscal de Apelaciones la resolución de la Dirección Provincial de Rentas 254/99, por la cual se le había determinado el impuesto y aplicado una multa. El 7 de agosto de 2003, aquel tribunal confirmó parcialmente el acto apelado, lo que produjo el agotamiento de la vía administrativa y facultó a interponer demanda ante la Justicia, previo pago de los importes reclamados (art. 107 del Código Fiscal). En tales condiciones, negó la existencia de un estado de incertidumbre sobre la existencia, el alcance y la modalidad de una relación jurídica, que requiera de un pronunciamiento judicial para ponerle fin.

Con idéntico fundamento, puntualizó que el remedio previsto en el art. 322 del CPCCN es excepcional y subsidiario, habilitándose sólo cuando el actor carezca de otro medio legal idóneo para poner término a la incertidumbre, situación que no se verifica en la especie, donde aquél fue parte del proceso determinativo, aportó pruebas, sentó el derecho que consideraba aplicable y recurrió a la instancia revisora con los mismos argumentos que pretenden sustentar esta acción.

En cuanto al fondo del asunto, subrayó que el Código Fiscal grava los actos, contratos y operaciones de carácter “*oneroso*”, concertados en instrumentos públicos o privados fuera de la Provincia, cuando produzcan efectos en ella, siempre que no se haya pagado el impuesto en la jurisdicción donde se instrumentan o no se justifique allí su exención.

En ese orden, puso de relieve que el instrumento cumple con los requisitos de territorialidad y onerosidad exigidos para la procedencia del gravamen y negó la existencia de dispensa alguna en la jurisdicción de su otorgamiento. En este sentido, indicó que el decreto 114/93 había derogado el impuesto de sellos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con anterioridad a la celebración del contrato cuya gravabilidad aquí se discute, por lo que se configura un supuesto de no sujeción diferente de la exención exigida por el art. 215, inc. b), del Código Fiscal para que el instrumento no resulte alcanzado por el tributo en esta última jurisdicción.

Negó, por último, que el contrato sea gratuito, pues se han pactado en él contraprestaciones recíprocas, así como también rechazó que exista violación del comercio interjurisdiccional o interferencia con un servicio público federal.

– IV –

A fs. 330/331, Ferrocarriles Metropolitanos S.A. (en liquidación) respondió su citación, ratificó en todos sus términos la presentación realizada a fs. 283/293 por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, a la cual adhirió, y solicitó que se unifique la personería en este último, atento al carácter de los organismos intervinientes.

– V –

Pienso que V.E. sigue teniendo competencia para entender en el presente, a tenor de lo dictaminado por este Ministerio Público el 19 de abril de 2004 en el incidente de medida cautelar promovido en esta causa, opinión compartida en su sentencia del 31 de agosto de ese año (Fallos: 327:3585).

– VI –

Corresponde señalar que la pretensión de la actora se encuentra dirigida a dilucidar el estado de falta de certeza en que se encuentra, frente al impuesto de sellos, por la instrumentación del contrato de concesión celebrado con el Estado Nacional el 18 de abril de 1994.

Al respecto, no es ocioso recordar que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “*caso*” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, constituye “*causa*” en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros).

Sobre la base de estas premisas, y contrariamente a lo sostenido por la demandada, considero que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN.

En primer lugar, ha mediado una actividad explícita de la Dirección Provincial de Rentas de la demandada, dirigida a la “*percepción*” del impuesto que estima adeudado (Fallos: 311:421, cons. 3°).

En efecto, la resolución de dicho órgano local N° 254/99, confirma parcialmente por el Tribunal Fiscal de Apelaciones, evidencia una actividad estatal explícita dirigida al cobro del tributo, que sumió a

la actora en un “*estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica*”, entendiéndose por tal aquella que es “*concreta*” al momento de dictarse el fallo.

Y dicha concreción se verifica pues se ha producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se contesta acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético (dictamen de este Ministerio Público *in re* “Newland, Leonardo Antonio c/Provincia de Santiago del Estero”, del 4 de diciembre de 1986, compartido por V.E. en Fallos: 310:606, cons. 2º, criterio reiterado en Fallos: 311:421, cons. 3º).

Frente a ello, la sustanciación del procedimiento determinativo de oficio y el posterior recurso ante el Tribunal Fiscal de Apelaciones no obsta a la procedencia de la vía intentada, ya que la competencia originaria de la Corte –que proviene de la Constitución Nacional– no puede quedar subordinada al cumplimiento o la vigencia de los procedimientos exigidos por las leyes locales (Fallos: 312:475 y sus citas).

La demandada defiende también el previo pago del tributo como condición para discutir en sede judicial su legitimidad. Sin embargo, como claramente advirtió V.E. en el citado precedente de Fallos: 310:606 (cons. 5º), la admisión de que concurren en la especie los presupuestos de la acción meramente declarativa, en especial el estado de incertidumbre respecto de los alcances de la relación jurídica concreta y del interés suficiente en el accionante, constituye el primer obstáculo a la viabilidad de la defensa. En efecto, dentro de ese marco, la exigencia del pago previo de lo que constituye el objeto de la discusión –en la forma requerida por el art. 120 del Código Fiscal provincial como condición para el acceso a la instancia judicial (ley 10.397, t.o. 2004)– implicaría desconocer la necesidad de tutela judicial inmediata que, en casos como el presente, tiende a dilucidar el estado de falta de certeza entre el contribuyente que cuestiona la actitud del Estado y este último.

Por lo expuesto, considero que se encuentran reunidos todos los requisitos fijados por el art. 322 del CPCCN para la procedencia de la acción intentada.

– VII –

En cuanto al fondo del asunto, pienso que la cuestión planteada en torno a la sujeción del contrato de concesión suscripto entre TMB y el Estado Nacional el 18 de abril de 1994 al impuesto de sellos de la demandada es sustancialmente idéntica a la ya resuelta en Fallos: 331:310, a cuyos términos me remito *brevitatis causae*.

En efecto, considero que también aquí debe desestimarse la pretensión fiscal puesto que si el legislador provincial tuvo la intención de comprender en la ley impositiva 11.490 –art. 15, ap. A)–, a las concesiones otorgadas por toda clase de autoridad administrativa, no se advierte el sentido de haber mencionado sólo y específicamente a la “...*autoridad administrativa, provincial o municipal...*” (inc. 3º) ni correspondería suponer que, como ya se sostuvo en el precedente citado, ha quedado comprendido en la cláusula genérica del inc. 18 de la misma norma el supuesto de las concesiones otorgadas por la autoridad nacional.

En mi opinión, lo hasta aquí expuesto permite concluir que tratándose en el caso de una concesión otorgada por la autoridad nacional –aspecto que por lo demás no se halla controvertido en el pleito–, aquella resultaba excluida de la normativa provincial (ley 11.490) que, al igual que la examinada *in re* C.799, L.XXXIII, “*Coviares S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*”, sentencia del 15 de abril de 1999, únicamente comprendía a las concesiones otorgadas por la autoridad administrativa provincial o municipal.

– VIII –

Por lo expuesto, pienso que corresponde hacer lugar a la demanda. Buenos Aires, 4 de marzo de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. y otros *c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de certeza*”, de los que

Resulta:

D) A fs. 218/256 se presentan Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. y los señores Juan Carlos Loustau Bidaut, José Higinio Monserrat y Juan Carlos Arias, éstos por derecho propio y en su carácter de directores de la referida sociedad anónima, e inician acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se declare que el contrato de concesión del servicio de transporte ferroviario de la línea Belgrano Sur, suscripto con el Estado Nacional el 18 de abril de 1994, no se encuentra gravado por el impuesto de sellos que le reclama la demandada. Plantean la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17, 19, 20 y 215, inciso b, del Código Fiscal de la Provincia, y de la ley impositiva local 11.490; y la de los actos administrativos determinativos del tributo de que se trata.

Aducen que la actividad ferroviaria únicamente puede ser gravada por las provincias en la medida en que el Gobierno Federal lo admita, ya que los tributos locales no pueden interferir con el cumplimiento de sus fines, ni con la regulación del comercio interprovincial ni tampoco con los planes federales de organización del ferrocarril (artículo 75, incisos 30, 13 y 18, respectivamente, de la Constitución Nacional). Añaden que los poderes provinciales sobre el contrato de concesión están restringidos por las leyes nacionales 3873, 5315, 18.360, 23.696 y por el decreto 1105/89.

Por otra parte, sostienen que el impuesto de sellos no contemplado en la tarifa que fija el Gobierno Nacional, constituye una imposición sobre las ganancias del concesionario y, por ello, resulta análogo y superpuesto con el impuesto a las ganancias, lo cual está vedado por el artículo 9º, inciso b, de la ley de coparticipación federal 23.548 (fs. 221).

Recuerdan también que los contratos de concesión otorgados por las autoridades nacionales no se encontraban alcanzados por el hecho imponible definido en la ley impositiva vigente al momento de otorgarse la concesión a Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. (ley 11.490, artículo 15, inciso a, apartado 3º).

Alegan que el contrato estableció que el concesionario no es responsable del pago de los tributos anteriores a la toma de posesión, recayendo ellos en el Estado Nacional, que es un sujeto exento, tan-

to por la ley provincial (artículo 259 del Código Fiscal), como por su propia naturaleza soberana y lo dispuesto por el artículo 9º, inciso b, punto II, de la ley 23.548, en consideración de su inminente interés o utilidad pública.

Destacan además que el contrato de concesión estuvo expresamente exento del impuesto de sellos en el lugar de su otorgamiento, conforme a lo establecido en los decretos 1105/89 y 114/93, y ello determina que no esté gravado en la Provincia de Buenos Aires como lo dispone el artículo 215, inciso b, del Código Fiscal.

Con sustento en el ordenamiento fiscal de la Provincia argumentan que no se ha configurado el hecho imponible del impuesto de sellos reclamado pues: a) el artículo 233 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (t.o. en 1994) que contempló a las concesiones otorgadas “por cualquier autoridad”, debe ser interpretado integralmente con la ley impositiva anual vigente al momento de celebración del contrato (ley 11.490, artículo 15, inciso a, apartado 3º, norma en virtud de la cual únicamente se hallaban gravadas las concesiones otorgadas por cualquier autoridad administrativa provincial o municipal, pero no las concesiones otorgadas por una autoridad nacional como la que se examina en estos autos). Es por esta razón que –contrariamente a lo que dice la Provincia– entienden aplicable al caso el criterio que resulta del fallo de esta Corte dictado en la causa C.799.XXXIII “Coviarres S.A.”, el 15 de abril de 1999; b) el artículo 215, inciso b, del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (t.o. en 1999) establece que un contrato otorgado en extraña jurisdicción cuyos efectos se produzcan en la provincia, puede ser gravado en ésta en tanto no se haya pagado el impuesto en la jurisdicción en que se instrumentó el contrato o, bien, no se justifique la existencia de una exención en la jurisdicción de otorgamiento. En consecuencia, expresan que, la pretensión fiscal carece de sustento pues el contrato de concesión firmado por Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. y otros con el Estado Nacional, se hallaba alcanzado por la exención del impuesto de sellos establecida por el artículo 3º del decreto 1105/89 que reglamentó la ley 23.696, sin que quepa argumentar –como lo hace la Provincia– que el dictado del decreto 114/93 implicó dejar de lado dicha exención, pues dispuso “derogar” el impuesto para todos los hechos imposables contenidos en la ley nacional, por lo que el hecho imponible “renace” en la jurisdicción provincial. Aclaran que, en rigor de verdad, este último decreto dispuso una exención, sin pretender derogar el impuesto de sellos ni la ley antes mencionada (fs. 244/244 vta.).

Respecto a la responsabilidad solidaria señalan que la Provincia no puede alterar la legislación nacional de fondo, según la cual los directores de una sociedad anónima no deben responder ante terceros en la medida en que su conducta sea la de “un buen hombre de negocios” (artículos 59 y 274 de la ley 19.550), circunstancia que ha sido acreditada y reconocida por la propia demandada en la sentencia del Tribunal Fiscal de Apelación de la Provincia del 7 de agosto de 2003 (ver la copia que se acompaña a fs. 104/124).

Solicitan que se dicte una medida cautelar y piden la citación como terceros del Estado Nacional –Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios– y de Ferrocarriles Metropolitanos S.A., en los términos del artículo 94 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Ofrecen prueba y piden que se haga lugar a la demanda, con costas.

II) A fs. 42 del incidente de medida cautelar dictaminó el señor Procurador Fiscal subrogante, y sobre la base de esa opinión, a fs. 43/44 este Tribunal declaró su competencia originaria para entender en la presente causa e hizo lugar a la cautelar solicitada (Fallos: 327:3585).

III) A fs. 283/293 se presenta el Estado Nacional Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y contesta la citación como tercero.

En forma preliminar sostiene que no ha sido codemandado en estas actuaciones en la que se persigue hacer cesar el estado de incertidumbre acerca de la procedencia o no de la aplicación de un gravamen local. En razón de ello, dice, la eventual responsabilidad que pudiera corresponderle como consecuencia del pago del impuesto de sellos por parte de la actora es una cuestión ajena a esta litis que debe ser dirimida en otro pleito (fs. 284/284 vta.).

Por otro lado, alega que el contrato de concesión es un instrumento del gobierno federal y, por ende, inmune al poder tributario provincial, por el cual se dio cumplimiento al mandato legislativo contenido en la ley 23.696, de transferir al sector privado la empresa Ferrocarriles Argentinos.

Recuerda la doctrina de Fallos: 320:162 que señala que al haberse establecido la exención impositiva mediante una norma federal y a los

finés de la prestación del servicio público de transporte ferroviario, “el tributo local constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho..., importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga a dicho servicio público, y en definitiva lesiona palmariamente el principio de supremacía legal del artículo 31 de la Constitución Nacional” (fs. 287).

Aclara además que el Código Fiscal y la ley impositiva local (ley 11.490, artículo 15, inciso a, apartado 3º) sólo gravan “las concesiones o prórrogas de concesiones otorgadas por cualquier autoridad administrativa, provincial o municipal”, razón por la cual se excluyen aquellas que son dadas por el Estado Nacional.

Concluye que el artículo 215, inciso b, del citado Código Fiscal excluye del gravamen a los actos que acrediten su exención en el lugar de otorgamiento, lo que sucede en el *sub examine*, pues el instrumento estuvo exento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –lugar donde se celebró el contrato– según lo dispuesto por el artículo 3º del decreto 1105/89 (fs. 289 vta.).

Explica que los alcances del decreto 114/93 deben precisarse con arreglo al artículo 34 de la ley 24.073, por lo que, más allá de lo impropio del término utilizado en el artículo 1º del citado decreto (Derógase el impuesto...), lo cierto es que no puede atribuirse a este precepto otro efecto que haber reducido determinadas alícuotas a base cero. De lo expuesto se sigue, que si bien el impuesto de sellos no ha sido derogado en la Capital Federal, la autoridad de aplicación amplió los casos de exención al reducir a base cero a determinadas alícuotas. Resalta que dentro de dichas exenciones por reducción de las alícuotas, se encontraría incluido el contrato de concesión celebrado por la actora el 18 de abril de 1994 (fs. 290/290 vta.).

Destaca, por último, que la cuestión de fondo ya ha sido resuelta por este Tribunal en Fallos: 327:1083.

IV) A fs. 303/308 se presenta la Provincia de Buenos Aires, contesta la demanda y solicita su rechazo.

En primer término, aduce que la actora recurrió ante el Tribunal Fiscal de Apelaciones la resolución de la Dirección Provincial de Rentas N° 254/99, por la cual se le determinó el impuesto y aplicó una multa. A su turno, aquél organismo confirmó parcialmente el acto apelado, lo

que produjo el agotamiento de la vía administrativa y facultó a interponer demanda ante la Justicia, previo pago de los importes reclamados (artículo 107 del Código Fiscal local). En tales condiciones, niega la existencia de un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica, que requiera de un pronunciamiento judicial para ponerle fin.

Con idéntico fundamento, aclara que el remedio previsto en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es excepcional y subsidiario, habilitándose sólo cuando el actor carezca de otro medio legal idóneo para poner término a la incertidumbre, situación que no se verifica en la especie, donde aquél fue parte del proceso determinativo, aportó pruebas, sentó el derecho que consideraba aplicable y recurrió a la instancia revisora con los mismos argumentos que pretenden sustentar esta acción.

Respecto del fondo del asunto, expone que el Código Fiscal grava los actos, contratos y operaciones de carácter “oneroso”, concertados en instrumentos públicos o privados fuera de la Provincia, cuando produzcan efectos en ella, siempre que no se haya pagado el impuesto en la jurisdicción donde se instrumentan o no se justifique allí su exención.

En este sentido arguye que el instrumento cumple con los requisitos de territorialidad y onerosidad exigidos para la procedencia del gravamen y niega la existencia de dispensa alguna en la jurisdicción de su otorgamiento. Añade que el decreto 114/93 –dictado sobre la base de lo dispuesto por el artículo 34 de la ley 24.073– derogó a partir del 1° de febrero de 1993 el impuesto de sellos para todos los hechos imposables contenidos en la ley, razón por la cual es erróneo sostener que se configura un supuesto de exención, o bien, pretender la subsistencia de la exención del impuesto de sellos prevista en el decreto 1105/89, pues a la fecha de celebración del contrato de concesión, el decreto 114/93 había derogado el gravamen. Entiende que en el caso se configura un supuesto de no sujeción diferente de la exención exigida por el artículo 215, inciso b, del Código Fiscal provincial para que el instrumento no resulte alcanzado por el tributo en esta última jurisdicción.

Por otra parte, sostiene que lo que se pretende gravar es el contenido económico de la relación, y que las voluntades privadas no pueden condicionar la actividad estatal, toda vez que el artículo 7° del Código Fiscal establece que para la determinación de la naturaleza

de los hechos imponibles se atenderá a los hechos, actos y situaciones efectivamente realizados, con prescindencia de las formas o actos jurídicos de derecho privado en que se exterioricen. Por ello, desconoce el carácter gratuito del contrato celebrado entre el Estado Nacional y la actora (fs. 306 vta./307).

Niega, por último, que exista violación del comercio interjurisdiccional o interferencia con un servicio público federal.

Cita jurisprudencia del Tribunal en apoyo de su posición. Ofrece prueba y pide que se rechace la demanda, con costas.

V) A fs. 330/331 Ferrocarriles Metropolitanos S.A. (en liquidación) contesta su citación, ratifica en todos sus términos la presentación realizada a fs. 283/293 por el Estado Nacional –Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios–, a la cual adhiere, y solicita que se unifique la personería en este último, atento al carácter de los organismos intervinientes.

A fs. 332 se tiene presente la adhesión formulada, y se decide que no corresponde dar curso a la unificación de personería pretendida.

VI) A fs. 692/694 dictamina la señora Procuradora Fiscal sobre las cuestiones federales planteadas en el *sub lite*.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de esta Corte (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional) y se hallan reunidos los recaudos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tal como lo puso de relieve la señora Procuradora Fiscal en el apartado VI de su dictamen, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad.

2º) Que la pretensión esgrimida exige resolver si la Provincia de Buenos Aires, en ejercicio de su potestad tributaria, y según la previsión contenida en los artículos 214, 215, inciso b, y concordantes del Código Fiscal local, puede gravar con el impuesto de sellos el contrato de concesión suscripto el 18 de abril de 1994 por el Estado Nacional con Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. y otros, para realizar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en forma exclusiva sobre la línea Belgrano Sur (ver fs. 16/28, 172/214 y 360/372 del expediente administrativo acompañado).

3º) Que la cuestión planteada es sustancialmente análoga a la examinada y resuelta por este Tribunal en la causa “Aguas Argentinas S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de” (Fallos: 331:310), por lo que corresponde admitir la demanda interpuesta.

4º) Que, sin perjuicio de ello, y en virtud de los argumentos dados por la Dirección Provincial de Rentas en la resolución de la que da cuenta la copia obrante a fs. 16/28, y los desarrollados por la Provincia de Buenos Aires en la contestación de la demanda (fs. 303/308), es dable remitir a mayor abundamiento a los conceptos dados por esta Corte en la causa “Línea 22 S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de” (Fallos: 333:538).

Ello es así en mérito a que en dicha oportunidad el Tribunal tuvo ocasión de descalificarlos, sobre la base de que el hecho imponible se configuró en la jurisdicción en la que se otorgó el acto y no en la Provincia de Buenos Aires; y que había sido la autoridad nacional la concedente del servicio, extremo que le otorgaba a los instrumentos expedidos en el ejercicio de sus poderes propios una situación de inmunidad con relación a las potestades de otras jurisdicciones.

Asimismo, en ese precedente la Corte señaló la necesidad de que no se rompiese la regulación unificada del servicio público en cuestión, en términos de costos y tarifas, según había sido previsto y ejecutado por la autoridad nacional; sin que fuese un argumento suficiente para contrarrestar esa afirmación, ni lo atinente a los argüidos “efectos” del acto en jurisdicción provincial, ni el argumento de la realidad económica. Ello así en virtud de que, con relación al primero, el nacimiento de la obligación tributaria no resulta ligado territorialmente a la Provincia aquí demandada, y en lo que respecta al segundo, si bien el concepto de la realidad económica suministra un criterio interpretativo determinante en el derecho tributario, en el impuesto de sellos cabe reconocerle una muy limitada aplicación, pues se trata de un típico tributo de formalización que incide sobre el documento (considerandos 12, 13, 14, 20, 21, 26, 27, 30, 34, 35, 36 y 37).

Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: Hacer lugar a la demanda iniciada por Transportes Metropolitanos S.A.; Juan Carlos Loustau Bidaut; José Higinio Monserrat y Juan Carlos Arias contra la Provincia de Buenos Aires y, en consecuencia, declarar la improcedencia de la pretensión fiscal de la demandada con relación al contrato objeto del litigio. Con

costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Nombre del actor: **Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A.; Juan Carlos Loustau Bidaut; José Higinio Monserrat y Juan Carlos Arias.**

Nombre de la demandada: **Provincia de Buenos Aires.**

Profesionales intervinientes: **Dres. Ricardo Mihura Estrada; Juan Carlos Arias; Beatriz Pernas; Alejandro J. Fernández Llanos; Luisa M. Petcoff; María Fernanda Lorenzo y Jorge G. Taiah.**

Ministerio Público: **Dres. Ricardo O. Bausset y Laura Monti.**

TRINCHIERI, ANTONIO *c/* BILLINGHURST PLACE S.A. Y OTRO
s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA.

Las altas razones institucionales que determinaron la consagración constitucional de la competencia originaria de la Corte —y que en el caso en que el actor con status diplomático promovió demanda de daños y perjuicios responde a la necesidad de preservar el respeto y la mutua consideración con las potencias extranjeras, otorgando a sus representantes diplomáticos una jurisdicción que les permita el cumplimiento más eficaz de sus funciones—, impide someterla al cumplimiento de requisitos previos, ya sean estos legales o administrativos, por lo que no puede admitirse el planteo solicitando que se cumpla con el trámite de mediación previa obligatorio.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

El actor —con status diplomático— promovió demanda por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la construcción de un edificio en

torre –“Topacio Tower Spa”– en el inmueble lindante al suyo, contra Billingham Place S.A. y/o quien resulte propietario, el señor René J. T. F. P. Iannuzzi y/o quien resulte el director de obra. Fundamentó su reclamo no sólo en las previsiones del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual (arts. 1109, 1113, 1078, 2618, etc.), sino también en otras contenidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que consagra diversas garantías (v. fs. 138/163).

El co-demandado Iannuzzi, en carácter de director de obra, la contestó solicitando su rechazo total y peticionó en subsidio la citación de Billingham Place como tercero (art. 94 y ccs. del C.P.C.C.N.) para el caso en que el actor desista de la acción iniciada contra esa parte (v. fs. 224/244).

A su turno, Billingham Place además del total rechazo de la demanda, peticionó que, antes de proseguir con el juicio, se diera cumplimiento con el procedimiento de mediación obligatorio instituido por la ley 24.573 (art. 1º) al no haber sido notificada para concurrir, lo cual –sostuvo– surge de las actas acompañadas (v. fs. 342/363).

El actor se opone a tal pretensión argumentando que dicha parte fue correctamente citada en carácter de propietario del inmueble calle Gorriti 3550, en ese domicilio, conforme surge de la carta documento N° 979476751, y no obstante ello, no concurrió a la mediación. Agrega que, la solicitud carece de asidero procesal y persigue un fin meramente dilatorio que genera un dispendio jurisdiccional; máxime cuando tiene la posibilidad de efectuar sus propuestas conciliatorias en la oportunidad prevista en el artículo 360 del C.P.C.C.N. (v. fs. 365).

– II –

Corresponde advertir que, al abordar las cuestiones planteadas, este Ministerio Público ha de ceñirse, sustancialmente, a los aspectos que hacen a la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (v. art. 120, C.N. y 1º, Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946), ponderando los hechos y las pruebas en tanto resulte menester a los fines indicados.

En lo que interesa, cabe señalar que en las actas incorporadas al expediente se consignó que sólo el actor y el señor Iannuzzi, en carácter de requirente y requerido respectivamente, concurrieron a las audien-

cias de mediación, sin advertirse ninguna información sobre la citación efectiva e incomparecencia de Billingham Place S.A. a las audiencias, a pesar de que el formulario respectivo prevé –eventualmente– esta circunstancia (v. fs. 5 y 6). Máxime cuando, tanto la ley 24.573 vigente a la época en que se realizó la mediación, como la actual ley 26.589 preveían diferentes consecuencias para el caso de la incomparecencia injustificada de alguna de las partes requeridas.

En segundo lugar, conforme surge de la documentación reservada (fs. 174) la carta documento 979476751 mediante la cual se citaba a la mediación previa obligatoria fue dirigida al “Sr. Propietario del Inmueble de la Calle Gorriti 3550. Domicilio: Gorriti 3550” y no a Billingham Place S.A., persona demandada en autos. Luego, la cédula librada para notificar el traslado de la demanda ordenado por ese Tribunal, tampoco pudo ser diligenciada debido al mismo error en el domicilio aportado por el actor (ver en especial informe de fs. 211 del Ujier). Recién pudo completarse la notificación –en otro lugar– una vez recibido el informe pertinente de la Inspección General de Justicia (fs. 247/256) comunicando el domicilio de la sociedad demandada (fs. 268).

En consecuencia entiendo que de las constancias obrantes en autos no surge que Billingham Place S.A. haya sido citada en legal forma a la mediación previa obligatoria (art. 1 ley 24.573, ó 1 de la ley 26.589) con lo cual, de estimarlo esa Corte pertinente corresponde que el expediente sea derivado a esa instancia (art. 16 d) y 17 ley 26.589). En este sentido, cabe descartar que el procedimiento solicitado genere un dispendio jurisdiccional, ya que el plazo por el que se suspendería el proceso es muy breve y se trata de un reclamo por daños y perjuicios. Tampoco puede afirmarse *ab initio* que el procedimiento vaya a fracasar.

Cabe recordar al efecto, que V.E. ha sostenido que no es susceptible de generar reparos constitucionales la demora que produce el tránsito previo por la mediación para acceder a la vía judicial en el supuesto en que las partes no arribaren a un acuerdo, porque, además de desarrollarse en una dimensión temporal breve (art. 9 de la ley 24.573), constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa, en tanto no lo suprime, desnaturaliza o allana –Del voto de los Dres. Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor y Guillermo A. F. López– (Fallos: 324:3184).

En mi opinión, considero que corresponde admitir la pretensión articulada por Billingham Place a fin que se realice el procedimiento

de mediación sobre la base de lo expuesto. Buenos Aires, 24 de mayo de 2011. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que los antecedentes y circunstancias de la causa se encuentran adecuadamente reseñados en el punto I del dictamen del señor Procurador Fiscal, al que corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 117 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción originaria en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros (Fallos: 241:43, citado en Fallos: 318:1823; Fallos: 330:1100).

3º) Que los fundamentos que justificaron la radicación de esta causa ante la instancia originaria (fs. 207, sentencia del 13 de julio de 2010), hacen que no pueda admitirse el planteo interpuesto por la demandada a fs. 342, punto 3, sobre la base del cual considera que debe cumplirse a su respecto, con el trámite de mediación previa obligatorio.

4º) Que la competencia originaria de la Corte es exclusiva y excluyente, y la interpretación que de sus alcances se haga debe ser de carácter restrictivo. Por ello, no resulta susceptible de ampliarse, restringirse ni modificarse por persona o poder alguno, ni mediante normas legales, tal como lo ha establecido este Tribunal en reiteradas oportunidades (Fallos: 250:774; 271:145; 280:176; 284:20; 302:63; 316:965, entre otros).

Las altas razones institucionales que determinaron su consagración constitucional, y que en el caso responde a la necesidad de preservar el respeto y la mutua consideración con las potencias extranjeras, otorgando a sus representantes diplomáticos una jurisdicción que les permita el cumplimiento más eficaz de sus funciones (Fallos: 316:965; 327:5476); impide someterla al cumplimiento de requisitos previos, ya

sean estos legales o administrativos (Fallos: 322:473; 329:2680, entre muchos otros).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Rechazar el planteo efectuado a fs. 342, punto 3. Con costas en el orden causado, en mérito a la particularidad generada por el propio actor con relación al otro codemandado –ver fs. 5/6– (art. 68, párrafo 2º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Parte actora: Antonio Trinchieri, representado por **su letrado apoderado, Dr. Leandro Ruffa. Parte demandada:** Billingham Place S.A. y René José Tomás Francisco Pedro Iannuzzi, ambos representados por el **Dr. Andrés Szvec, letrado apoderado.**

VECCHI, AMADO ALEJANDRO s/ RECURSO DE CASACIÓN

ABOGADO.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que condenó al imputado como autor del delito de estafa a la pena de dos años de prisión –cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso– e inhabilitación especial para ejercer la abogacía por el término de cuatro años, pues incurrió en el defecto de no ponderar debidamente la existencia de un acuerdo previo documentado entre las partes, inclusive ratificado en sede judicial, que avalaría el accionar del condenado, y, por el contrario, mediante la utilización de una afirmación, carente de fundamentación, referida a que la prueba documental acompañada no se ajustaba ni conmovía las constancias del fallo impugnado, obvió la naturaleza de la pretensión que era demostrar frente a la contradicción entre el marco teórico afirmado en la sentencia y la hipótesis sostenida por los nuevos elementos, la legitimidad de una u otra postura.

ESTAFA.

Si bien las cuestiones que remiten al examen de circunstancias vinculadas con hechos, prueba y la aplicación del derecho procesal, en principio son ajenas al conocimiento del Tribunal por vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48, dicha regla admite excepciones cuando se invoca la doctrina de la

arbitrariedad, por lo que corresponde hacer excepción a tal principio toda vez que el temperamento adoptado por el *a quo* –al condenar al imputado como autor del delito de estafa a la pena de dos años de prisión, cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso, e inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía por el término de cuatro años–, persistió en el defecto de no ofrecer una respuesta satisfactoria del reclamo, ya que el rechazo de sus pretensiones fue motivado con fundamentos aparentes.

ABOGADO.

Cabe confirmar la sentencia que condenó al imputado como autor del delito de estafa a la pena de dos años de prisión –cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso– e inhabilitación especial para ejercer la abogacía por el término de cuatro años, pues los reparos del recurrente no trasuntan más que una mera disconformidad con aspectos que, por regla, constituyen materia ajena a la instancia de excepción, pues se vinculan con cuestiones de hecho y prueba, y derecho común y procesal, que han sido oportunamente desechados sobre la base de argumentos que no compete a la Corte revisar, tal como sucede con la selección y ponderación de la materia probatoria efectuada por los jueces de la causa, en particular si el decisorio cuenta con motivación suficiente que, más allá de su acierto o error, descarta la arbitrariedad (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco). –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso de revisión interpuesto a favor de Amado Alejandro Vecchi contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de esta ciudad que lo condenó a la pena de dos años de prisión en suspenso e inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía por el término de cuatro años, como autor del delito de estafa (fs. 1799/1805).

Contra esta resolución, su asistencia letrada dedujo recurso extraordinario federal (fs. 1808/1819) que fue concedido a fojas 1826/1826 vta.

– II –

En su presentación en los términos del artículo 479, inciso 4°, del Código Procesal Penal de la Nación, los recurrentes pretendieron in-

troducir nuevos elementos de prueba, desconocidos al momento de la sentencia, que a su entender evidenciaban la inexistencia del hecho imputado, pues demostrarían la celebración de un acuerdo previo entre V. y las supuestas víctimas de la estafa (fs. 1522/1533 vta.).

Al conocer el *a quo* en el recurso en virtud de lo resuelto por V.E. a fojas 1733/1734, descartó que tanto los elementos de juicio aportados, como el hecho que se pretendía sustentar sobre esa base, pudieran ser considerados como novedosos en los términos de la normativa citada, además de que no desvirtuaban lo afirmado en la sentencia, pues se trataba de una conciliación en causa civil posterior al delito imputado.

En la impugnación extraordinaria los apelantes sostuvieron que aquella decisión debía ser descalificada de acuerdo con la doctrina de V.E. sobre arbitrariedad de sentencias pues había descartado la alegada inexistencia de perjuicio patrimonial, exigida por el tipo penal descrito en el artículo 172 del Código Penal por el cual se condenó a V., mediante un análisis inadecuado que contenía afirmaciones dogmáticas sobre la calidad de “víctimas de la estafa” de sus clientes, y que había prescindido del texto legal y de prueba decisiva, mientras que consideró otra inexistente como válida. A tal fin, invocaron la violación a las garantías de defensa en juicio, debido proceso legal, inocencia, *in dubio pro reo* y congruencia (fs. 1808/1819).

– III –

Para la mejor comprensión del caso, creo conveniente recordar que por sentencia del 3 de abril de 2000, se dio por probado que el 31 de agosto de 1993, en el interior de la sucursal Paraná del Banco de Quilmes, el nombrado V. perjudicó patrimonialmente a sus clientes Martín C. e hijos –con excepción de Gabriela Lorena y María Luisa– en la suma aproximada de cuarenta mil pesos (\$ 40.000), para lo cual se valió de maniobras ardidasas, al entregar a éstos sólo noventa y un mil setecientos pesos (\$ 91.700) del total de ciento treinta y un mil trescientos pesos (\$ 131.300) recibidos de la aseguradora “La Buenos Aires Cía. de Seguros S.A.” en el marco de un acuerdo por doscientos setenta mil pesos (\$ 270.000). Asimismo se estableció que dicha suma estaba compuesta también por sesenta y ocho mil setecientos pesos (\$ 68.700) para las menores de edad mencionadas en último término, los que se depositaron judicialmente, y setenta mil pesos (\$ 70.000) que

fueron repartidos entre V. y Carlos O. en virtud de un pacto de cuota litis del 25% (fs. 1004/1013 del expediente principal).

Sin embargo, en el recurso de revisión, la defensa intentó demostrar la existencia de otro documento, que daba cuenta de un pacto con los C., de agosto de 1993, mediante el que se autorizaba a los letrados a conciliar el pleito en \$ 200.000, de los cuales \$ 160.000 serían distribuidos entre los actores, y se acordaba como cuota litis la suma de cuarenta mil pesos (\$ 40.000), y el cobro de los honorarios que la demandada reconociera en favor de sus abogados que fueron establecidos en setenta mil pesos (\$ 70.000). Dicho instrumento, cuya copia fue aportada en este expediente a fojas 1522/1523, consistía en una fotocopia certificada por escribano público el 5 de marzo de 2002, que obra a fojas 200/201 de la Investigación Penal Preparatoria N° 30.417 (registro interno N° 397) caratulada “Mosquera, Alejandro s/denuncia” de trámite ante la Unidad Funcional de Instrucción N° 8 de Investigaciones Complejas del Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires, cuya remisión ordenó el *a quo* de acuerdo con lo requerido por los recurrentes.

Junto con aquél, se acompañó a fojas 1524/1524 vta. copia de un escrito supuestamente presentado por C. en los autos caratulados “Céspedes, Martín y otros c/Trinter S.R.L. s/daños y perjuicios” del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 45 de esta ciudad, aunque no consta en qué fecha, con ratificación de V., en el que se pidió la homologación de la rendición de cuentas, en atención a que sus clientes “en la rendición de cuentas oportunamente aprobada han contemplado que el juicio que fue conciliado en un total de \$ 200.000.- (doscientos mil pesos) de capital indemnizatorio de los cuales la suma de \$ 40.000.- fue destinado según contrato preexistente de pacto de cuota litis a la cancelación de dicho pacto, e imputado y destinado al pago de dicho pacto, de honorarios profesionales propios y de terceros emergentes de pericias, de asistencia penal en causa criminal por las lesiones, de gastos médicos, de traslado, estudios médicos privados, extrajudiciales, etc. ... así quedan justificados los tres acuerdos arribados por la suma íntegra, única y total de doscientos setenta mil pesos. Que tal como lo advertía el convenio en su cláusula V. dicho pacto no afectaba el derecho al honorario judicial o extrajudicial que los letrados pudieran obtener por el éxito de su gestión de la aseguradora los que fueron fijados de común acuerdo en la suma de \$ 70.000, motivo por el cual no ha existido pago de honorario judicial en el expediente. Que así

fue nuevamente reconocido, acordado, ratificado y volcado en las actas de fecha 3.12.99 las que por instrumento público fueron debidamente legalizadas ante la escribana...” (también obrante a fs. 199/199 vta. de la causa “Mosquera”, ya citada).

De acuerdo con la copia acompañada por el propio V. a fojas 1525/1526 vta. del expediente principal, dicho pedido fue desestimado el 7 de octubre de 2003, sin perjuicio de lo cual se aprobó la gestión de los mandatarios por parte de los actores y se dieron por finiquitadas las cuentas.

Cabe también señalar que de la lectura de la causa que tramitó ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 45, cuyas copias en forma parcial se anexaron a aquellos actuados sólo hasta el auto del 23 de noviembre de 2001, surgen dos presentaciones en las que los Céspedes expresaron que habían “recibido explicaciones satisfactorias por parte de los doctores Amado Alejandro V. y Carlos O.C. que nos conducen a considerar definitivamente zanjada la cuestión que moviera a promover estas actuaciones. De esa manera damos por aprobada la gestión de nuestros mandatarios y por finiquitadas las cuentas respectivas. Nada tenemos que reclamarles en función del art. 1904 y concordantes Cód. Civil, máxime por cuanto el doctor V., al pié de la presente está solicitando el levantamiento de todas las medidas cautelares trabadas en autos y ha ofrecido que las costas corran en el orden causado con lo que estamos enteramente de acuerdo” (fs. 374/377 vta., con firmas certificadas por actuación notarial del 3 de diciembre de 1999 y presentadas ante dicho tribunal el día 13 del mismo).

En similar sentido, obra a fojas 400/400 vta. de esos actuados un escrito suscripto por V. y C. y recibido el 29 de agosto de 2001, en el que se solicitó la homologación de la rendición de cuentas en atención a que “un importe cuestionado oportunamente por los actores, a posteriori y en la rendición de cuentas, quedó imputado a la cancelación de créditos emergentes del contrato original entre las partes contratantes (pacto cláusula V) ... conforme a ese acuerdo preexistente entre las partes (pacto cláusula V), se ajustó y finiquitó la cuestión patrimonial, sin desplazamiento de fondos, y aprobándose de conformidad con la distribución oportuna del 31 de agosto de 1993. Resulta así claro la inexistencia de obligación tanto de entrega inicial, como de restitución aludida oportunamente”. Ello fue ratificado por C. y los C. según la copia certificada con fecha 11 de septiembre de 2001 (fs. 418/419 de ese

cuerpo de fotocopias) que fue agregada al expediente el 24 del mismo (fs. 422 vta.).

Por otro lado, cabe señalar que en la causa de trámite ante la justicia provincial obran las declaraciones prestadas en sede policial de Ramón Jerónimo, Martín, Claudio Omar, Mester Yolanda, Irma Beatriz, Mónica Liliana, y Gustavo César C. y Carlos O.C. quienes, en idéntico sentido, reconocieron sus firmas en las presentaciones mencionadas, así como en las testimoniales brindadas en esta causa y, ante preguntas de los instructores, manifestaron que el acuerdo con V. fue anterior a la sentencia definitiva en autos (fs. 247/254, respectivamente).

– IV –

Ya me he expedido en mi anterior intervención en el incidente V.438.XLI caratulado “Vecchi, Amado Alejandro s/causa N° 5499” (fs. 1729/1732) respecto al carácter particular del recurso de revisión que entraña una tensión entre, por un lado, los valores que sustentan la seguridad jurídica y la cosa juzgada, a la que V.E. confirió jerarquía constitucional (Fallos: 310:1797 y 320:985 –dictamen del señor Procurador General–, ambos con sus citas) y, por el otro, la exigencia de justicia material, merced a la cual se han introducido distintos supuestos de excepción que habilitan al juzgador a apartarse de lo dispuesto en una sentencia firme a fin de garantizar la búsqueda de la verdad material (Fallos: 327:2321, entre otros).

En este contexto, cobra especial importancia la doctrina de la Corte en cuanto ha establecido que la tacha de arbitrariedad es de aplicación excepcional y no puede pretenderse, por su intermedio, el reexamen de cuestiones no federales cuya solución es del resorte exclusivo de los jueces de la causa, si es que no se demuestran groseras deficiencias lógicas de razonamiento o una total ausencia de sostén normativo que impidan considerar al fallo como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 325:3265 y sus citas, entre otros).

Con tales antecedentes, considero que la decisión impugnada contiene fundamentos suficientes con base en las constancias de la causa y en las normas aplicables al *sub examine* que, por opinables que resulten, no autorizan a descalificarla como acto jurisdiccional.

Así lo pienso desde que, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, en el fallo se efectuó un adecuado tratamiento de los motivos que llevaron a descartar que se hubieran presentado “hechos nuevos” o “nuevos elementos de prueba” con la entidad exigida por el artículo 479 del Código Procesal Penal para la procedencia de la vía recursiva en análisis, para lo cual se confrontaron cada una de las probanzas traídas por la defensa con las que sustentaron la condena.

De tal manera, se afirmó que del tenor del acuerdo que dio apoyo a su pretensión surgía que se trataba de “una conciliación posterior al hecho, relacionada con la devolución, en menos, del monto defraudado, a la cual arribara con los damnificados C.” a la que “llegó después de iniciada esta causa penal” lo cual, entendieron, fue corroborado por las demás probanzas solicitadas por la Cámara de acuerdo con lo requerido por la defensa, de modo tal que se mantenía “incólume la responsabilidad y la estructura fáctica acreditada en la sentencia de fs. 1004/1013” (fs. 1803 vta./1804).

En efecto, tras estudiar las constancias obrantes en los expedientes ya mencionados se concluyó que correspondían exclusivamente a la homologación del convenio al que se arribó *a posteriori* en aquella causa civil. En particular, y con cita del precedente “Casal” (Fallos: 328:3399), se descartó que los testimonios brindados en aquéllos desvirtúen lo probado en la decisión condenatoria, en la que ya se habían valorado, así como que, en el sentido invocado, pudieran ser considerados pruebas nuevas.

De tal modo, se estableció que el acuerdo que se pretendió introducir “no afecta ninguno de los elementos de juicio recogidos con inmediatez al suceso, ni llega a ensombrecer la prueba incorporada en autos. Probanzas que condujeron por su coherencia a la demostración concluyente del proceder de V., su móvil e intención, ni siquiera debilitado con este nuevo intento” (fs. 1804 vta.).

A mi modo de ver, el tribunal de casación ha cumplido así con el examen exigido por la Corte en su anterior pronunciamiento pues, más allá del acierto o error de su juicio, satisfizo el análisis de cada una de las constancias aportadas a fin de verificar si constituían base suficiente de la comprobación de hechos inconciliables con la reconstrucción histórica contenida en la resolución impugnada, extremo que rechazó por los argumentos ya expuestos.

Además, los apelantes no han realizado una crítica concreta ni razonada de los fundamentos conducentes en que se apoyó el *a quo*, tal como se exige a esta clase de recursos (Fallos: 325:1145, entre otros), de modo tal de demostrar la irrazonabilidad de la conclusión a la que se arribó que impondría su impugnación.

Por el contrario, su postura se dirigió a sostener la inexistencia de perjuicio patrimonial y a cuestionar, en esa dirección, el mérito otorgado a las pruebas que sustentaron el recurso, así como la exégesis que habría merecido una norma de derecho común, como lo es el artículo 172 del Código Penal, en forma contraria a su reclamo. Así expresaron que “de haber analizado esas pruebas conforme a derecho... hubiera llegado a la certidumbre... de la inexistencia del delito previsto y penado por el art. 172 Cód. Penal” (fs. 1816 vta.).

En este sentido, considero que no pueden prosperar sus cuestionamientos sobre la supuesta omisión del tratamiento de prueba decisiva y la consideración de otra inexistente como válida, desde que por el contrario, el decisorio se basó en el examen de los elementos propuestos, aunque se les otorgó un mérito diferente al pretendido, que llevaron al *a quo* a descartar que el acuerdo fuera oponible a la base fáctica probada en la sentencia en la que se había afirmado el perjuicio patrimonial.

En ese marco, se advierte que su crítica se centra, en particular, en lo que calificaron como una defectuosa sobrevaloración o privilegio otorgado a los testimonios en que se apoyó la condena por sobre lo que surgiría del material probatorio introducido por esa parte, lo cual no sólo constituye, como se dijo, una cuestión ajena a esta instancia extraordinaria, sino que además aparece como un análisis parcial del fallo, al no haberse hecho cargo de rebatir el alcance otorgado por el *a quo* a tal examen de acuerdo con la naturaleza particular de la revisión con respaldo en la jurisprudencia del propio tribunal.

Por otro lado, cabe advertir que las afirmaciones de los apelantes en cuanto a que había existido un expreso reconocimiento por parte de los C. es de no haber sufrido perjuicio económico alguno, de modo tal que sus manifestaciones se tratarían de rectificaciones que muestran una conducta mendaz de los testigos (fs. 1817/1817 vta.) no atienden, en mi opinión, a las constancias de la causa.

Por el contrario, de la lectura de las presentaciones realizadas en sede civil, en especial de las obrantes a fojas 374/377 vta., 400/400 vta., y 418/419, se desprende que se refieren a la aprobación de la gestión del mandato, en cuyo contexto se dieron por finiquitadas las cuentas respectivas y se aprobó la distribución realizada oportunamente con una nueva imputación de montos, y que a ese acuerdo se arribó con el ofrecimiento por parte de V. del levantamiento de las medidas cautelares trabadas y de que las costas fueran establecidas según el orden causado; sin que, dentro de ese marco de referencia, pueda afirmarse la tesis de la defensa, al menos, con la evidencia que se proclama.

En lo que respecta a las denominadas “rectificaciones” en los testimonios prestados por los C., cabe señalar que dicha expresión surge exclusivamente de los términos de las preguntas formuladas a fojas 247/254 del expediente de trámite ante la justicia provincial, según el interrogatorio propuesto por los particulares damnificados a fojas 182/182 vta., y el pliego de preguntas cuya copia obra a fojas 207/207 vta. En ese mismo contexto, la referencia al momento en que se habría celebrado el acuerdo, sólo lo es en comparación con la sentencia definitiva a la que se arribó en estos actuados (3 de abril de 2000), pero no con relación a los hechos imputados.

Finalmente, cabe destacar que la censura formulada contra la decisión del *a quo* en cuanto se refirió a los C. es como “las víctimas de la estafa”, lo cual para los recurrentes significó una afirmación dogmática (fs. 1815 vta./1816), no sólo parece desatender que fue realizada a modo introductorio y con el antecedente de una sentencia firme que los reconocía como tales, sino que además no logra dar sustento a crítica alguna en los términos de la doctrina de V.E. en materia de arbitrariedad.

En esta inteligencia, los reparos del recurrente no trasuntan más que una mera disconformidad con aspectos que, por regla, constituyen materia ajena a esta instancia de excepción, pues se vinculan con cuestiones de hecho y prueba, y derecho común y procesal, que han sido oportunamente desechados sobre la base de argumentos que no compete a la Corte revisar, tal como sucede con la selección y ponderación de la materia probatoria efectuada por los jueces de la causa, en particular si –como a mi entender ocurre en el *sub examine*– el decisorio cuenta con motivación suficiente que, más allá de su acierto o error, descarta la arbitrariedad (Fallos: 324:2460; 325:1145; 326:1877; 329:2206 y 330:2639, entre muchos otros).

Esta deficiencia de fundamentación no se subsana con la sola mención genérica y esquemática de la violación de normas de rango constitucional, como en el caso, de las garantías de defensa en juicio, debido proceso legal, inocencia, *in dubio pro reo* y congruencia, en tanto no se ha acreditado que guarden relación directa con el *sub judice*. De otro modo, la jurisdicción de la Corte sería privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional (Fallos: 310:2306; 320:1546; 324:4411, considerando 2º del voto de los doctores Boggiano y Vázquez, y sus citas; y 327:2291, entre otros).

– V –

En consecuencia, opino que V.E. debe declarar improcedente el recurso extraordinario concedido a fojas 1826/1826 vta. Buenos Aires, 9 de febrero de 2010. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Vecchi, Amado Alejandro s/ recurso de casación”.

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de esta Ciudad, con fecha 3 de abril de 2000, condenó a Amado Alejandro Vecchi como autor penalmente responsable del delito de estafa a la pena de dos años de prisión, cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso, inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía por el término de cuatro años y costas (arts. 20 bis, inc. 3º, 26, 29 inc. 3º, 45, 172 del Código Penal; 403 del Código Procesal Penal de la Nación).

2º) Que en contra de dicha condena la defensa particular de Vecchi, interpuso revisión en los términos del art. 479, inc. 4º del Código Procesal Penal de la Nación, el que fue rechazado el 3 de diciembre de 2008 por la Cámara Nacional de Casación Penal.

3º) Que el recurrente acompañó nuevas pruebas que, alegó, desconocía al momento de la sentencia condenatoria, y que a su entender evidenciaban la inexistencia del hecho imputado (fs. 1522/1533).

Que devueltas las actuaciones a la Cámara Nacional de Casación atento lo dispuesto por este Tribunal a fs. 1733/1734, la Sala I descartó que los elementos aportados por la defensa de Vecchi pudieran conmovir la sentencia condenatoria, ya que a su entender se trataría de una conciliación entre las partes posterior al delito imputado.

Que en la presentación extraordinaria, el recurrente impugnó la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, en tanto consideró que el *a quo* rechazó la revisión de la condena con afirmaciones dogmáticas, tales como que “la autorización que introduce la defensa como fundamento de su pretensión no conmueve ni se ajusta a las constancias de la sentencia impugnada”.

4º) Que la cuestión central consistiría en determinar si lo decidido por la Cámara de Casación alcanza para descartar o no la presencia –en autos– del supuesto previsto en el art. 479 inciso 4º, del Código Procesal Penal de la Nación.

5º) Que las cuestiones debatidas remiten al examen de circunstancias vinculadas con hechos, prueba y la aplicación del derecho procesal, materias éstas –en principio– ajenas al conocimiento de este Tribunal por vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48.

Sin embargo esta regla admite excepciones cuando se invoca la doctrina de la arbitrariedad, pues si las sentencias se basan en argumentos que le otorgan fundamentos sólo aparentes, y no da, por ello, respuesta a los planteos que formuló la parte en defensa de sus derechos, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional (Fallos: 315:672).

En este caso corresponde hacer excepción a la regla general, toda vez que el temperamento adoptado por el tribunal de casación persiste en el defecto de no ofrecer una respuesta satisfactoria del reclamo, pues el rechazo de sus pretensiones fue motivado con fundamentos aparentes (Fallos: 329:5310). En esta oportunidad el tribunal *a quo* afirmó que “...la titulada nueva prueba, presentada por el condenado, no es tal, pues de su mismo tenor se desprende que se trata de una conciliación

posterior al hecho relacionada con la devolución, en menos del monto defraudado, a la cual arribara con los damnificados Céspedes, que se glosó en copia certificada por escribano, a otro expediente. Ciertamente es que desconocía ese acuerdo, pues a él llegó después de iniciada esta causa penal, lo que revela que esa conciliación responde a un pago indemnizatorio del perjuicio causado, conciliado en una suma menor” (fs. 1803 vta. y 1804).

Que la cámara no brindó ninguna razón que sostuviera su afirmación en cuanto a que se trataba de una “conciliación posterior al hecho”, máxime cuando del documento en cuestión se observa fechado en agosto de 1993.

Por otra parte, tampoco el *a quo* ha explicitado los motivos que lo llevaron a sostener que se trataría de una conciliación arribada con la familia Céspedes “relacionada con la devolución, en menos del monto defraudado”, cuando del documento acompañado como nueva prueba se observa una autorización de los firmantes a sus letrados para conciliar el pleito indemnizatorio por daños y perjuicios en \$ 200.000 y por otra parte, a percibir la suma de \$ 40.000, en concepto de gastos de profesionales y del juicio, como así también los honorarios profesionales, los que la demandada reconozca a los profesionales, “(...) son de exclusiva propiedad de los letrados, y están fuera del alcance del pacto correspondiendo a los honorarios que deberían ser abonados en caso de regulación judicial la que suple dicho pago” (fs. 1522).

Que en este orden de ideas puede apreciarse que el fallo apelado incurre nuevamente en el defecto de no ponderar debidamente la existencia de un acuerdo previo documentado entre las partes, inclusive ratificado en sede judicial, que avalaría el accionar del condenado. Por el contrario, mediante la utilización de una afirmación, carente de fundamentación, referida a que la prueba documental acompañada no se ajustaba ni conmovía las constancias del fallo impugnado, obvió la naturaleza de la pretensión que era, ni más ni menos, demostrar frente a la contradicción entre el marco teórico afirmado en la sentencia y la hipótesis sostenida por los nuevos elementos la legitimidad de una u otra postura.

De este modo, la sentencia impugnada afectó el derecho de defensa de Vecchi, pues el rechazo del recurso de revisión no se encuentra motivado suficientemente y en consecuencia debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido.

Que la doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa (Fallos: 311:948 y 2402, entre muchos).

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

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 del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario federal concedido a fs. 1826/1826 vta. Hágase saber y remítase en devolución.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisibile (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario, con costas. Notifíquese y devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Dra. Judith V. Malamud** y del **Dr. Hugo I. M. Malamud**, defensores particulares de **Amado Alejandro Vecchi**.

Adhirieron al recurso extraordinario: **la Dra. María Inés Questa en nombre y representación de la Fundación José Luis Cabezas**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal. Sala III.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal N° 6.**



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.

DICIEMBRE

CALAFELL, ROQUE ESTEBAN S/ EXTRADICIÓN

EXTRADICION.

Corresponde confirmar la resolución en cuanto declaró procedente la extradición si la declaración bajo juramento acompañada a los fines de las “garantías” del art. 6° del tratado aplicable (ley 25.126) procede de la funcionaria que tiene a su cargo la persecución de personas acusadas de violaciones penales de las leyes del Estado de Florida y quien en tal carácter describe y presenta los cargos y elementos de prueba en contra del requerido y, en este sentido, la ausencia de una explícita “ratificación” de lo manifestado por la fiscal por parte del Departamento de Estado norteamericano en modo alguno puede ser interpretada como una actitud prescindente de las condiciones en que se formula el requerimiento: en el contexto de un tratado suscripto con un país que no admite la pena de muerte.

EXTRADICION.

Corresponde declarar improcedente la extradición solicitada si, más allá de la relación que pudiera existir entre la “Fiscal Estatal Asistente” del Estado de Florida que prestó declaración bajo juramento y la “autoridad ejecutiva” del Estado requirente, lo cierto es que ello no basta para interpretar que las Partes Contratantes se hayan apartado del principio convencional de que sea el “Estado” requirente quien brinde la “garantía” exigida por el art. 6° del tratado aplicable (ley 25.126), a través de su representación diplomática acreditada en el país, quien representa al Estado Federal en sus relaciones internacionales según prescribe el artículo 3.1.a. de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por decreto-ley 7672/63, ratificado por ley 16.478, sin perjuicio de que, más allá de la problemática en punto a la “autoridad” competente para brindar la “garantía” en cuestión, ésta debe recaer, desde un punto de vista material, sobre la “no imposición” o, en su caso, “no ejecución” de la pena de muerte, siendo insuficiente para ello el compromiso de que “no se solicitará la pena de muerte” (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay y disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

EXTRADICION.

Corresponde suspender en un plazo de treinta días la decisión sobre la procedencia de la extradición para someter al requerido a proceso por el cargo de “asalto a mano armada”, a fin de que el país requirente informe si la pena de “cadena

perpetua” que eventualmente se le impondría admite alguna posibilidad de libertad, ya que si se tratase de una pena privativa de libertad realmente perpetua, resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, ya que se lesiona la intangibilidad de la persona humana en cuanto genera graves trastornos de la personalidad (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, que concedió la extradición de Roque Esteban C., requerida por las autoridades de los Estados Unidos de Norteamérica, la defensa interpuso recurso ordinario de apelación, concedido a fojas 377.

A fojas 382/386 el defensor oficial presentó el memorial del que V.E. me corre vista.

– II –

Aduce la defensa la insuficiencia del pedido formal, conforme las exigencias convencionales (Tratado de Extradición con los Estados Unidos de Norteamérica; cfr. ley 25126), por cuanto el Estado requirente habría omitido acompañar una exposición sumaria de los hechos y de las etapas procesales cumplidas (artículo 8.2.b).

Pero tal aserción no es correcta. Muy por el contrario; en la “acusación formal” del *Jurado Indagatorio* se encuentran reseñados los hechos que se le imputan al extraditable. Consisten en dos cargos: por un lado, el 29 de diciembre de 2001, dentro de los confines del condado Miami-Dade, Estado de la Florida, actuando de común acuerdo con otra persona, asesinó a Agustín M., golpeándolo con un objeto contundente (fs. 171). En segundo término, en las circunstancias enunciadas, se apoderó de dinero y joyas de la víctima (fs. 172).

Como puede apreciarse, el Estado solicitante acompañó información suficiente sobre los hechos que motivan la entrega de la persona reclamada (modo, lugar y tiempo) satisfaciendo de esta forma la exigencia del instrumento internacional, que no es otra que brindar certidumbre al extraditabile sobre los hechos por los cuales habrá de defenderse en el marco del proceso que se le sigue en el Estado requirente (Fallos: 330:2065).

Además la fiscal estatal asistente del condado de Miami-Dade, en su declaración jurada en respaldo de la solicitud de extradición, tras realizar una breve explicación del funcionamiento del sistema judicial de su país, informa que el 8 de agosto de 2007 un jurado indagatorio emitió una acusación formal contra Esteban C. por un cargo de homicidio premeditado y un cargo de asalto a mano armada con arma mortífera, y que en la misma fecha se emitió una orden de aprehensión (fs. 162/168). De esta forma, también se cumple con los extremos previstos por el tratado bilateral en lo que hace al artículo referido.

Por otra parte, la recurrente sostiene que deberían haberse acompañado diferentes pruebas que apuntalen la incriminación antes explicada, y critica el funcionamiento de algunos institutos procesales del ordenamiento jurídico del Estado requirente. Pues bien, olvida la parte que el proceso de extradición tiene como esencia corroborar el cumplimiento de los requisitos legales y el compromiso asumido en los tratados firmados por el Estado Nacional, quedando el análisis de las cuestiones de fondo –como lo es la legalidad de ciertos institutos propios del sistema de investigación del Estado requirente (Fallos: 330:2065)– y la decisión sobre la culpabilidad o inculpabilidad del requerido (Fallos: 330:4314) a cargo de las autoridades judiciales extranjeras.

– III –

En otro orden de ideas, cuestiona la falta de legitimación de la fiscal para asumir en nombre del Estado de la Florida y de los Estados Unidos de Norteamérica el compromiso de que la pena de muerte no será impuesta, o de serlo, no ejecutada (artículo 6 del convenio).

A fin de determinar los alcances de la cuestionada idoneidad, corresponde remitirse a lo previsto por el tratado, en el que se prescribe específicamente que para el país solicitante el término “autoridad

competente” se refiere a las autoridades pertinentes de la *Autoridad Ejecutiva* (artículo 20).

En este sentido, surge de los Estatutos del Estado de la Florida (que pueden encontrarse en <https://www.flrules.org/default.asp>, sitio de internet al que remiten los funcionarios de la embajada extranjera a fs. 283) que dentro de esa orbita estatal (el Poder Ejecutivo) se encuentra el Fiscal General (*Attorney General*, Título IV, Capítulo 16), quien ejerce la superintendencia y la dirección de los fiscales estatales (*state attorneys*, Título IV, Capítulo 16, apartado 16.08).

A su vez, surge que los documentos que firman los fiscales estatales asistentes (*assistant state attorneys*), al desempeñar las funciones que les asignan los reglamentos, cuentan con la misma fuerza y efecto que si fueran signados por los fiscales estatales (Título V, Capítulo 27, apartado 27.181.2).

Resulta entonces que el compromiso fue asumido por una funcionaria estatal que integra, jerárquica y operativamente, la *autoridad competente* a la que hace referencia el tratado aplicable y su legitimidad no puede cuestionarse porque el Fiscal General y sus dependientes son, en suma, “las autoridades pertinentes de la Autoridad Ejecutiva” (artículo 20 del Tratado).

Por otra parte, y respecto a los dichos de la defensa en cuanto a que no pudo asumirse que el Estado requirente cumplirá con el tratado suscripto por ambos países, más allá de que no ha aportado nada que pueda conmovir la confianza que necesariamente depositan los Estados contratantes en sus respectivos sistemas de gobierno y, particularmente, en que los tribunales del país requirente aplicaron y han de aplicar con justicia la ley de la tierra (Fallos: 329:1245), cabe traer a colación los conceptos plasmados por V.E. en Fallos: 328:3193.

Allí sostuvo que el órgano investido para apreciar la ejecución de un tratado y las medidas que, en caso de incumplimiento, puedan adoptarse, es el Poder Ejecutivo Nacional, en consonancia con las cláusulas constitucionales que confían a éste el manejo de las relaciones exteriores (arts. 75, incs. 22 y 26, y 99, inc. 11 de la Ley Fundamental). Ello es así, desde que le corresponde en forma privativa la valoración de las relaciones que vinculan a nuestro país con el Estado requirente y, por tanto, es él el único capacitado para decidir hasta qué punto la práctica extranjera, o el motivo que ha dado lugar a ella, puede afec-

tar la confianza en el cumplimiento de las obligaciones que asume la nación solicitante (del dictamen en Fallos: 257:125, cuyas conclusiones compartió la Corte en el considerando 1º).

En consecuencia, tampoco debe tener cabida el planteo intentado.

– IV –

Respecto de la queja de que no puede concederse la extradición a un Estado que contempla la pena de muerte entre sus sanciones, en razón de que nuestro país ratificó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entiendo que debe ser rechazada.

En esta línea, el país solicitante asumió el compromiso de que dicha condena no será impuesta, de acuerdo a las previsiones del artículo 6 del tratado celebrado por ambos países en ejercicio de su soberanía, mediante el cual específicamente se buscó salvaguardar las normas de orden público nacional.

– V –

En razón de lo expuesto, solicito a V.E. que confirme la sentencia en todo cuanto fuera materia de apelación. Buenos Aires, 9 de marzo de 2009. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Calafell, Roque Esteban s/ extradición”.

Considerando:

1º) Que el señor Juez a cargo del Juzgado Federal n° 1 de la ciudad de Córdoba declaró procedente la extradición de Roque Esteban

Calafell para ser sometido a proceso ante el Tribunal de Distrito del Onceavo Circuito Judicial en el condado de Miami-Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica por el delito de homicidio en primer grado y robo a mano armada (fs. 368/370).

2º) Que contra esa resolución interpuso recurso de apelación ordinario la defensa del requerido (fs. 372/376) que, concedido (fs. 377), fue sustanciado en esta instancia, oportunidad en la cual presentó el memorial agregado a fs. 382/386. A su turno, el señor Procurador Fiscal propuso confirmar la resolución apelada (fs. 388/389).

3º) Que constituye materia de agravio, por un lado, el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 8º del tratado aplicable (ley 25.126) en cuanto exige una exposición sumaria de los hechos y una breve exposición de las etapas procesales cumplidas. De otra parte, cuestiona la legitimación de la fiscal estatal asistente que interviene en el proceso extranjero para brindar las garantías que exige el artículo 6º del tratado aplicable de no imposición de la pena de muerte (fs. cit.).

4º) Que, respecto del primero de esos agravios, fundado concretamente en que el país requirente no acompañó copia y/o el acta de secuestro del arma mortífera utilizada y que utilizó como base de imputación la “confesión” de una coimputada actualmente condenada (fs. 382 vta./383), el Tribunal señala que es mera reiteración del que ya fuera ventilado en el trámite de extradición, debidamente considerado por el *a quo* de forma ajustada a derecho y al tratado aplicable que rige la entrega (fs. 370), sin que la parte se hiciera cargo en esta instancia de tales razones.

5º) Que con relación al artículo 6º del tratado de extradición aplicable al caso la defensa cuestionó la legitimación de la fiscal estatal asistente para comprometer al Estado de Florida y a los Estados Unidos de América. En este sentido, expresó que sus manifestaciones no pueden ser tomadas como garantía de que no se impondrá la pena de muerte al requerido, en tanto dicha funcionaria carece de facultades suficientes, y que por tratarse de un compromiso entre estados nacionales, corresponde a Estados Unidos de América como nación que ratifique la renuncia a la pena en cuestión.

6º) Que el precepto mencionado establece: “Cuando el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte en virtud de la legislación del Estado Requirente y la legislación del Estado

Requerido no admitiera la pena de muerte para ese delito, la entrega de la persona reclamada podrá ser denegada, salvo que el Estado Requiriente otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o de ser impuesta, no será ejecutada”.

7º) Que según se desprende de las presentes actuaciones, junto con la solicitud de extradición, el país requirente acompañó, a los fines de las “garantías” del artículo 6º del tratado mencionado, la declaración bajo juramento de la Fiscal Estatal Asistente, la señora Barbra G. Pineiro, en la que expresa, en lo pertinente, que “...La ley de la Florida 775.082 dispone que la pena máxima por la violación de 782.04(1), homicidio en primer grado, un delito punible con pena de muerte, es la muerte misma. *Sin embargo, el Estado de la Florida no solicitará la pena de muerte en conexión con el cargo de homicidio en primer grado en contra del encausado. La pena máxima por violar 812.13 (2) (Aa), asalto a mano armada, un delito mayor en primer grado, es cadena perpetua...*” (cf. pto. 19, fs. 134/140, esp. 139, traducido a fs. 162/168, esp. 167, sin destacar en el original).

8º) Que la declaración en cuestión procede de la funcionaria que tiene a su cargo la persecución de personas acusadas de violaciones penales de las leyes del Estado de Florida y quien en tal carácter describe y presenta los cargos y elementos de prueba en contra del requerido (cf. fs. 134/140). En tales condiciones, no se advierte por qué razón ha de entenderse que su manifestación en cuanto a que el Estado de Florida no solicitará la pena de muerte no satisface el artículo 6º del tratado. En este sentido, la ausencia de una explícita “ratificación” de lo manifestado por la fiscal por parte del Departamento de Estado norteamericano en modo alguno puede ser interpretada como una actitud prescindente de las condiciones en que se formula el requerimiento: en el contexto de un tratado suscripto con un país que no admite la pena de muerte. En tales condiciones, y en el marco de la formulación concreta de la solicitud de extrañamiento, exigir una ratificación expresa por parte de la Secretaría de Estado constituiría una demanda puramente formal, en tanto para ambas partes es claro que, de accederse al pedido, se lo está haciendo en las condiciones en que fue presentado, esto es, tomando como garantía el compromiso de la fiscal del caso de que el Estado local no solicitará la pena de muerte, y en su caso, no la impondrá ni la ejecutará.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución apelada en cuanto

declaró procedente la extradición de Roque Esteban Calafell, requerida por la Corte de Circuito del Onceavo Circuito Judicial de Miami-Dade Country, Florida, en conexión con la acusación formal realizada el 8 de agosto de 2007 en la causa penal N° F06-27519. Hágase saber, y oportunamente, devuélvase al tribunal de origen.

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

DISIDENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que el señor Juez a cargo del Juzgado Federal n° 1 de la ciudad de Córdoba declaró procedente la extradición de Roque Esteban Calafell para ser sometido a proceso ante el Tribunal de Distrito del Onceavo Circuito Judicial en el condado de Miami-Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica por el delito de homicidio en primer grado y robo a mano armada (fs. 368/370).

2°) Que contra esa resolución interpuso recurso de apelación ordinario la defensa del requerido (fs. 372/376) que, concedido (fs. 377), fue sustanciado en esta instancia, oportunidad en la cual presentó el memorial agregado a fs. 382/386. A su turno, el señor Procurador Fiscal propuso confirmar la resolución apelada (fs. 388/389).

3°) Que constituye materia de agravio, por un lado, el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 8° del tratado aplicable (ley 25.126) en cuanto exige una exposición sumaria de los hechos y una breve exposición de las etapas procesales cumplidas. De otra parte, cuestiona la legitimación de la fiscal estatal asistente que interviene en el proceso extranjero para brindar las garantías que exige el artículo 6° del tratado aplicable de no imposición de la pena de muerte (fs. cit.).

4°) Que, respecto del primero de esos agravios, fundado concretamente en que el país requirente no acompañó copia y/o el acta de

secuestro del arma mortífera utilizada y que utilizó como base de imputación la “confesión” de una coimputada actualmente condenada (fs. 382 vta./383), el Tribunal señala que es mera reiteración del que ya fuera ventilado en el trámite de extradición, debidamente considerado por el *a quo* de forma ajustada a derecho y al tratado aplicable que rige la entrega (fs. 370), sin que la parte se hiciera cargo en esta instancia de tales razones.

5°) Que, en cuanto al agravio fundado en el artículo 6° del Tratado de Extradición entre la República Argentina y Estados Unidos de Norteamérica, aplicable al caso (aprobado por ley 25.126), cabe señalar que sólo se vincula con la imputación de “homicidio en primer grado” formulada contra Calafell (CARGO I) mas no con la de “asalto a mano armada/arma mortífera” en violación a la Sección 812.13(2)(a) del Estatuto de Florida (CARGO II) según la Acusación Formal del Gran Jurado (fs. 143/144 y fs. 211/212, cuya traducción obra a fs. 171/173 y 239/240).

6°) Que ese precepto convencional consagra que “Cuando el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte en virtud de la legislación del Estado Requirente y la legislación del Estado Requerido no admitiera la pena de muerte para ese delito, la entrega de la persona reclamada podrá ser denegada, salvo que el Estado Requirente otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o de ser impuesta, no será ejecutada”.

7°) Que sentado ello, se advierte que junto con la solicitud de extradición, el país requirente acompañó, a los fines de las “garantías” exigidas por el artículo 6° del tratado aplicable, sólo una declaración bajo juramento, prestada por la Fiscal Estatal Asistente la señora Barbara G. Pineiro, según la cual “...La ley de la Florida 775.082 dispone que la pena máxima por la violación de 782.04(1), homicidio en primer grado, un delito punible con pena de muerte, es la muerte misma. Sin embargo, el Estado de la Florida no solicitará la pena de muerte en conexión con el cargo de homicidio en primer grado contra el encausado. La pena máxima por violar 812.13(2)(Aa) asalto a mano armada, un delito mayor en primer grado, es cadena perpetua...” (fs. 134/140, aquí fs. 139 cuya traducción obra a fs. 162/168, aquí fs. 167. Asimismo, fs. 202/208 y traducción de fs. 230/236).

8°) Que, mientras que el juez apelado interpretó que esa declaración era suficiente para aquellos fines (fs. 369 vta.), la defensa cuestionó la legitimación de la autoridad de la cual emana (fs. cit.).

9º) Que este Tribunal ha tenido ya oportunidad de delinear el alcance de la voz “Estado requirente” a que alude el artículo 6º del tratado aplicable y ha resuelto que si bien el texto convencional, al emplear esa fórmula, no indica a qué autoridad está aludiendo (conf. *mutatis mutandi* Fallos: 330:2065), cuando las Partes Contratantes quisieron asignarle competencia a la “autoridad judicial”, así lo explicitaron utilizando el giro “autoridad judicial” (artículo 8.4.a.) o “autoridad judicial correspondiente” (artículo 17).

10) Que, en esa línea de argumentación, el Tribunal interpreta que, tal como surge de la regla consagrada en el artículo 20 del tratado aplicable, cuando las Partes Contratantes quisieron asignarle competencia a las “autoridades pertinentes de la Autoridad Ejecutiva” emplearon el giro “autoridad competente”, ausente del texto del artículo 6º que sólo se refiere al “Estado” requirente.

11) Que, en tales condiciones, más allá de la relación que pudiera existir entre la “Fiscal Estatal Asistente” del Estado de Florida y la “autoridad ejecutiva” del Estado requirente, lo cierto es que ello no basta para interpretar que las Partes Contratantes se hayan apartado del principio convencional de que sea el “Estado” requirente quien brinde la “garantía” exigida por el artículo 6º del tratado aplicable, a través de su representación diplomática acreditada en el país, quien representa al Estado Federal en sus relaciones internacionales según prescribe el artículo 3.1.a. de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por decreto-ley 7672/63, ratificado por ley 16.478 (conf. *mutatis mutandi* acápite IV del dictamen del señor Procurador Fiscal al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 323:1755).

12) Que, sobre el particular, contrariamente a lo sostenido por el *a quo* a fs. 369 vta., la nota verbal nº 269 de fecha 18 de marzo de 2008, mediante la cual la embajada del país requirente acreditada en la República Argentina presentó formalmente el pedido de extradición, guarda silencio sobre el punto (fs. 122/130 cuya traducción luce a fs. 123/125).

13) Que lo expuesto, sin perjuicio de señalar que, más allá de la problemática en punto a la “autoridad” competente para brindar la “garantía” en cuestión, ésta debe recaer, desde un punto de vista material, sobre la “no imposición” o, en su caso, “no ejecución” de la pena de muerte, siendo insuficiente para ello, como se presenta en autos, el

compromiso de que “no [se] solicitará la pena de muerte” (fs. 230/236 cit.).

14) Que, por último, cabe aclarar que las consideraciones que anteceden sólo operan respecto del cargo I, mas no alcanzan al cargo II constitutivo del “delito mayor en primer grado” (“first degree felony”) de “asalto a mano armada/arma mortífera” (“armed robbery/deadly weapon”), sólo pasible de “cadena perpetua” (“life imprisonment”) (conf. declaración de la Fiscal Estatal Asistente la señora Barbra G. Pineiro obrante a fs. 134/140, aquí fs. 139 cuya traducción obra a fs. 162/168, aquí fs. 167. Asimismo, fs. 202/208 y traducción de fs. 230/236).

Por ello, de conformidad en lo pertinente con el dictamen del señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: 1º) Revocar, parcialmente, la resolución apelada y declarar improcedente la extradición de Roque Esteban Calafell por el delito de “homicidio en primer grado” y 2º) Confirmar la resolución apelada en cuanto declaró procedente la extradición de Roque Esteban Calafell para ser sometido a proceso por el cargo de “asalto a mano armada/arma mortífera”. Notifíquese, tómesese razón y devuélvase al tribunal de origen.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que el señor Juez a cargo del Juzgado Federal n° 1 de la ciudad de Córdoba declaró procedente la extradición de Roque Esteban Calafell para ser sometido a proceso ante el Tribunal de Distrito del Onceavo Circuito Judicial en el condado de Miami-Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica por el delito de homicidio en primer grado y robo a mano armada (fs. 368/370).

2º) Que contra esa resolución interpuso recurso de apelación ordinario la defensa del requerido (fs. 372/376) que, concedido (fs. 377), fue sustanciado en esta instancia, oportunidad en la cual presentó el

memorial agregado a fs. 382/386. A su turno, el señor Procurador Fiscal propuso confirmar la resolución apelada (fs. 388/389).

3º) Que constituye materia de agravio, por un lado, el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 8º del tratado aplicable (ley 25.126) en cuanto exige una exposición sumaria de los hechos y una breve exposición de las etapas procesales cumplidas. De otra parte, cuestiona la legitimación de la fiscal estatal asistente que interviene en el proceso extranjero para brindar las garantías que exige el artículo 6º del tratado aplicable de no imposición de la pena de muerte (fs. cit.).

4º) Que, respecto del primero de esos agravios, fundado concretamente en que el país requirente no acompañó copia y/o el acta de secuestro del arma mortífera utilizada y que utilizó como base de imputación la “confesión” de una coimputada actualmente condenada (fs. 382 vta./383), el Tribunal señala que es mera reiteración del que ya fuera ventilado en el trámite de extradición, debidamente considerado por el *a quo* de forma ajustada a derecho y al tratado aplicable que rige la entrega (fs. 370), sin que la parte se hiciera cargo en esta instancia de tales razones.

5º) Que, en cuanto al agravio fundado en el artículo 6º del Tratado de Extradición entre la República Argentina y Estados Unidos de Norteamérica, aplicable al caso (aprobado por ley 25.126), cabe señalar que sólo se vincula con la imputación de “homicidio en primer grado” formulada contra Calafell (CARGO I) mas no con la de “asalto a mano armada/arma mortífera” en violación a la Sección 812.13(2) (a) del Estatuto de Florida (CARGO II) según la Acusación Formal del Gran Jurado (fs. 143/144 y 211/212, cuya traducción obra a fs. 171/173 y 239/240).

6º) Que ese precepto convencional consagra que “Cuando el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte en virtud de la legislación del Estado Requirente y la legislación del Estado Requerido no admitiera la pena de muerte para ese delito, la entrega de la persona reclamada podrá ser denegada, salvo que el Estado Requirente otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o de ser impuesta, no será ejecutada”.

7º) Que sentado ello, se advierte que junto con la solicitud de extradición, el país requirente acompañó, a los fines de las “garantías”

exigidas por el artículo 6° del tratado aplicable, sólo una declaración bajo juramento, prestada por la Fiscal Estatal Asistente la señora Barbara G. Pineiro, según la cual "...La ley de la Florida 775.082 dispone que la pena máxima por la violación de 782.04(1), homicidio en primer grado, un delito punible con pena de muerte, es la muerte misma. Sin embargo, el Estado de la Florida no solicitará la pena de muerte en conexión con el cargo de homicidio en primer grado contra el encausado. La pena máxima por violar 812.13(2)(Aa) asalto a mano armada, un delito mayor en primer grado, es cadena perpetua..." (fs. 134/140, aquí fs. 139 cuya traducción obra a fs. 162/168, aquí fs. 167. Asimismo, fs. 202/208 y traducción de fs. 230/236).

8°) Que, mientras que el juez apelado interpretó que esa declaración era suficiente para aquellos fines (fs. 369 vta.), la defensa cuestionó la legitimación de la autoridad de la cual emana (fs. cit.).

9°) Que este Tribunal ha tenido ya oportunidad de delinear el alcance de la voz "Estado requirente" a que alude el artículo 6° del tratado aplicable y ha resuelto que si bien el texto convencional, al emplear esa fórmula, no indica a qué autoridad está aludiendo (conf. *mutatis mutandi* Fallos: 330:2065), cuando las Partes Contratantes quisieron asignarle competencia a la "autoridad judicial", así lo explicitaron utilizando el giro "autoridad judicial" (artículo 8.4.a.) o "autoridad judicial correspondiente" (artículo 17).

10) Que, en esa línea de argumentación, el Tribunal interpreta que, tal como surge de la regla consagrada en el artículo 20 del tratado aplicable, cuando las Partes Contratantes quisieron asignarle competencia a las "autoridades pertinentes de la Autoridad Ejecutiva" emplearon el giro "autoridad competente", ausente del texto del artículo 6° que sólo se refiere al "Estado" requirente.

11) Que, en tales condiciones, más allá de la relación que pudiera existir entre la "Fiscal Estatal Asistente" del Estado de Florida y la "autoridad ejecutiva" del Estado requirente, lo cierto es que ello no basta para interpretar que las Partes Contratantes se hayan apartado del principio convencional de que sea el "Estado" requirente quien brinde la "garantía" exigida por el artículo 6° del tratado aplicable, a través de su representación diplomática acreditada en el país, quien representa al Estado Federal en sus relaciones internacionales según prescribe el artículo 3.1.a. de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por decreto-ley 7672/63, ratificado por ley 16.478 (conf.

mutatis mutandi acápite IV del dictamen del señor Procurador Fiscal al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 323:1755).

12) Que, sobre el particular, contrariamente a lo sostenido por el *a quo* a fs. 369 vta., la nota verbal n° 269 de fecha 18 de marzo de 2008, mediante la cual la embajada del país requirente acreditada en la República Argentina presentó formalmente el pedido de extradición, guarda silencio sobre el punto (fs. 122/130 cuya traducción luce a fs. 123/125).

13) Que lo expuesto, sin perjuicio de señalar que, más allá de la problemática en punto a la “autoridad” competente para brindar la “garantía” en cuestión, ésta debe recaer, desde un punto de vista material, sobre la “no imposición” o, en su caso, “no ejecución” de la pena de muerte, siendo insuficiente para ello, como se presenta en autos, el compromiso de que “no [se] solicitará la pena de muerte” (fs. 230/236 cit.).

14) Que, por último, cabe aclarar que las consideraciones que anteceden sólo operan respecto del cargo I, mas no alcanzan al cargo II constitutivo del “delito mayor en primer grado” (“first degree felony”) de “asalto a mano armada/arma mortífera” (“armed robbery/deadly weapon”), sólo pasible de “cadena perpetua” (“life imprisonment”) (conf. declaración de la Fiscal Estatal Asistente la señora Barbra G. Pineiro obrante a fs. 134/140, aquí fs. 139 cuya traducción obra a fs. 162/168, aquí fs. 167. Asimismo, fs. 202/208 y traducción de fs. 230/236).

15) Que respecto de esta última pena cabe señalar que no surge de estas actuaciones el régimen de ejecución al que quedaría sometido el imputado en caso de que fuese condenado, puesto que si se tratase de una pena privativa de libertad realmente perpetua, esta Corte ha señalado que resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, toda vez que lesiona la intangibilidad de la persona humana en cuanto genera graves trastornos de la personalidad (confr. “Gimenez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional”, considerando 4°, Fallos: 329:2440). Por ende, resulta necesario que el país requirente esclarezca si la pena de “cadena perpetua” que eventualmente se le impondría al imputado –por el cargo de “asalto a mano armada”– admite alguna posibilidad de libertad.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: 1°) Revocar, parcialmente, la resolución apelada y de-

clarar improcedente la extradición de Roque Esteban Calafell por el delito de “homicidio en primer grado” y 2º) Suspender en un plazo de treinta días –contados a partir de la notificación al Estado requirente por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto– la decisión sobre la procedencia de la extradición de Roque Esteban Calafell para ser sometido a proceso por el cargo de “asalto a mano armada”, a fin de que el país requirente informe si la pena de “cadena perpetua” que eventualmente se le impondría al imputado admite alguna posibilidad de libertad. Notifíquese y resérvense las actuaciones.

JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso ordinario interpuesto por **Roque Esteban Calafell**, representado por el Dr. **Rubén Tirso Pereyra**.

Traslado contestado por el **señor Procurador Fiscal de la Procuración General de la Nación**.

Tribunal de origen: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 1 de Córdoba, Provincia de Córdoba**.

CENTURION, LUIS ALBERTO Y BAINI, ANDRES MAXIMILIANO
S/ SU PRESENTACIÓN

RECURSO DE CASACION.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el recurso de casación contra la sentencia de condena si, con prescindencia del acierto o el error de las quejas de la defensa sobre la insuficiente prueba del hecho, lo expresado en la sentencia de casación no satisface en modo alguno el estándar de revisión fijado por la Corte a partir del caso “Casal”, ya que se limitó a reproducir parcialmente la sentencia que debía revisar y omitió un examen específico de las constancias cuestionadas mediante la utilización de fórmulas que nada dicen sobre la prueba en concreto cuyo examen había sido llamado a realizar por la recurrente.

–La jueza Argibay, en disidencia, consideró que los recursos de hecho fueron deducidos extemporáneamente (arts. 158, 282 y 285 del C.P.C.C.N.)–.

RECURSO DE CASACION.

Si bien no corresponde que la Corte analice la correcta subsunción del caso o indague acerca de las razones por las que el tribunal oral calificó el hecho des-

cripto como un homicidio doloso simple y descartó la calificación legal propuesta por el fiscal, como así también el tipo penal postulado por la defensa, a quien sí le correspondía realizar este análisis era al tribunal superior, el cual debió examinar la cuestionada motivación de la sentencia también en este aspecto, y la sola enumeración de fallos y citas doctrinarias relativas al homicidio en riña, cuya relación con el caso no se entiende por sí misma, sumada a la transcripción de las afirmaciones de la sentencia, no constituye un tratamiento serio de las críticas formuladas por la defensa en esta dirección.

—La jueza Argibay, en disidencia, consideró que los recursos de hecho fueron deducidos extemporáneamente (arts. 158, 282 y 285 del C.P.C.C.N.)—.

RECURSO DE CASACION.

Con respecto al cuestionamiento del rechazo de los recursos de casación interpuestos *in pauperis* por cuatro de los imputados en razón de su intempestividad, corresponde señalar que éstos, conforme a las constancias de la causa y las apreciaciones de los tribunales de grado, ejercieron tardíamente su opción de impugnar a pesar de haber sido adecuadamente notificados —en persona los imputados y su defensor— y el propio defensor es quien se ocupa de aclarar que fueron informados adecuadamente y que los imputados manifestaron su negativa a interponer recurso alguno, tal como se desprende de las actas que en fotocopias certificadas aportó la defensa estatal (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

DEFENSA EN JUICIO.

Mal puede hablarse de falta de asistencia técnica u oportunidades de defensa cuando, aun fenecidos los plazos y con la flexibilidad necesaria para el caso, el Estado cumplió con su deber al proveer inmediateamente de un adecuado asesoramiento y resulta evidente que no puede atribuírsele la imposibilidad de acceder a recursos internos adecuados para proteger los derechos del individuo, sino que, por el contrario, han sido los acusados quienes, teniendo a su alcance la totalidad de los mecanismos que habilitaban la revisión de su condena, no ejercieron en término su derecho (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).
—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos rechazó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que con-

denó a L. J. C., L. M. W., L. A. C., D. A. M., A. M. L., L. R. M., E. S. S., A. M. B., J. M. M. y R. G. G., por los delitos y las penas individualizadas a fs. 1447/1522 vta. de los autos principales.

Contra esa decisión se interpuso el recurso del artículo 14 de la ley 48, cuya denegación (fs. 1682/1688 de los autos principales) origina estas quejas *in pauperis* (2/vta., 10, 15/vta., 21, 26, 32, 37, 43/vta., 49/vta. y 55), técnicamente fundadas a fs. 62/66 vta. y 69/73 vta.

– II –

Conviene poner en claro desde ahora que el 24 de enero de 2005 los diez imputados nombrados se encontraban alojados en el pabellón de menores Clemente XI de la Unidad Penal N° 5 Gobernador Febre, en la ciudad de Victoria, Provincia de Entre Ríos, lugar donde se produjeron los hechos investigados, de los que resultó la muerte de un recluso –J. S. M.– y la de un suboficial del servicio penitenciario –Sargento Adolfo Emilio R.–. Hecho este último por el que fueron condenados todos los imputados en calidad de coautores de homicidio simple en concurso real con tentativa de evasión y daño simple, más el delito de lesiones graves en perjuicio del Agente Luis Guillermo S. (en el caso de W.), lesiones graves en perjuicio del Cabo Juan Pedro S. (C.) y lesiones leves en perjuicio del Agente Eduardo Ramón V. (C.).

– III –

En pos de la claridad expositiva y en tanto interesa por lo que se dirá, corresponde señalar:

1. Contra la condena del tribunal oral, el Defensor Oficial interpuso el recurso de casación en favor de los imputados B., M., G. y S. (fs. 1526/1537 de los autos principales), alegando afectación del principio de la sana crítica racional por cuanto, a su manera de ver, las versiones exculpatorias de los imputados serían coincidentes y armónicas en lo que respecta a la muerte de M., mientras que las versiones juramentadas de S., A., V. y C. en la etapa de instrucción –internos también alojados en el pabellón Clemente XI–, amén de que se hallarían viciadas por falta de libertad psicológica, no fueron mantenidas en el juicio. En el mismo sentido, alega que ninguno de los testigos mencionados por el tribunal habría dado características o detalles fisonómicos

que permitan identificar a los autores, mientras que sus defendidos no fueron individualizados en una conducta agresiva determinada, sino solamente mencionados “globalmente” por hallarse en el pabellón donde ocurrieron los hechos y como producto de interrogatorios capciosos o sugestivos. Dice que tampoco puede soslayarse el contexto cuando se valoran las manifestaciones del personal penitenciario, puesto que también hubo un interno fallecido y nadie aporta datos concretos sobre los disparos que causaron su muerte. Finalmente, deja constancia de que le fue denegado su pedido de que el juicio se pospusiera en razón de la exigüidad del plazo desde que asumió la defensa; solicita la nulidad de la sentencia y, en subsidio, alega que el hecho imputado constituiría el delito de homicidio en riña.

2. a) Tras la concesión del recurso citado, lucen agregados cuatro escritos de apelación presentados *in forma pauperis* por los imputados W., C., C. y M. (fs. 1543/1546 de los principales), en los que manifiestan su voluntad recursiva, dicen que existe desacuerdo con su abogado defensor, efectúan una crítica sucinta de la prueba y piden la intervención de un abogado.

Informada por Secretaría la fecha de recepción de tales escritos –porque carecen del cargo correspondiente–, las impugnaciones fueron rechazadas por extemporáneas (fs. 1552/1553 vta.), dándose al mismo tiempo intervención a otro defensor oficial en tanto “se avizora un conflicto entre los imputados y su defensor”.

b) El nuevo letrado interpone el recurso de casación diciendo que aun en el supuesto de que las presentaciones estuvieran fuera de término –extremo no acreditado por ausencia del cargo–, no cabe el rigor formal cuando se trata de peticiones sin asistencia letrada y se hallan en juego derechos esenciales como la libertad y la defensa sustancial.

Por lo demás, se remite a las manifestaciones de los imputados en sus respectivas presentaciones, invocando la aplicación de la regla *in dubio pro reo* y el derecho a obtener la revisión de la condena (fs. 1560/1562 vta.)

c) Para declarar inadmisibles estos recursos, el tribunal refiere a una presentación efectuada por el anterior defensor oficial –donde aclara que los imputados no quisieron interponer recurso alguno, tal como se desprendería de las actas que aporta– y se remite a la extemporaneidad ya decretada (fs. 1565/1566).

d) Interpuesta la queja por casación denegada, el superior tribunal concluye, sobre la base de distintas constancias causídicas, en que los recursos *in pauperis* se presentaron fuera de término, no obstante la falta del cargo actuarial, lo que sumado a la voluntad de no apelar manifestada ante el defensor oficial, impide su tratamiento (fs. 1569/1570 vta.)

3. A fs. 1574 se presenta el Defensor General de la provincia adhiriendo por los nombrados W., C. C. y M. al recurso de casación ya concedido en favor de B., M., G. y S.; adhesión que también extiende a los imputados L. y M. (que no habían apelado), y que fue tenida presente a fojas siguiente.

4. Al celebrarse la audiencia ante el superior tribunal de la provincia, todos los imputados son representados por el Defensor General quien, juntamente con los letrados allí mencionados (fs. 1581/1584 vta.), solicita la nulidad del fallo y, en subsidio, la aplicación al caso del tipo penal del homicidio en riña (art. 95, C.P.)

5. El máximo tribunal provincial, por su parte, resolvió rechazar los recursos de casación interpuestos contra la sentencia (fs. 1595/1616).

Para así decidir consideró, por un lado, los límites del recurso en cuanto a la imposibilidad de introducir agravios nuevos en la audiencia casatoria, la preclusión de ciertas cuestiones que fueron consentidas y la extemporaneidad de los planteamientos relativos a la inconstitucionalidad de los arts. 12 y 50 del Código Penal. Y por el otro, juzgó que la sentencia contiene un examen integral, completo, coherente y sistemático de los elementos de prueba reunidos; mientras que la crítica del impugnante es insuficiente frente al sólido y plural cuadro de pruebas, “inequívocamente demostrativo de la realidad y circunstancias del evento ilícito y la participación que les cupo (...) a los encartados”.

En cuanto a la adecuación legal de los hechos, se tuvo en cuenta que la muerte de R. no fue consecuencia de una pelea espontánea sino que los internos planearon su fuga de la unidad carcelaria y en ese trance mataron a R. y lesionaron a V. S. y S.; “por lo que y aunque no se logró establecer en definitiva cuál de los imputados hirió de muerte (...) todos ellos convergieron y aceptaron ese resultado”.

Sobre la individualización de la pena, estimó cumplidos los recaudos de los arts. 40 y 41 del Código Penal, no advirtiendo desproporción ni arbitrariedad.

Por último, y en tanto se adujo violación del derecho de defensa, el *a quo* consideró que la recurrente no demuestra de qué modo se afectó tal garantía, que los imputados tuvieron asistencia técnica, conocieron las imputaciones y pudieron responderlas.

6. Notificados todos los imputados, M. (fs. 1617, vta.), B., C., C., S. (fs. 1622/vta.), M. (fs. 1624 vta.) y L. (fs. 1639) manifiestan su voluntad de apelar *in forma pauperis* en el mismo acto, mientras que G. W. y M. (notificados a fs. 1617 vta. y 1619 vta., con fecha 7 y 17 de septiembre de 2007, respectivamente), manifiestan su voluntad recursiva a fs. 1642/1643 vta., con fecha 7 de noviembre de 2007.

Al darse la intervención correspondiente, el Defensor General de la provincia hace una presentación alegando que los tres últimos nombrados no habían comprendido la posibilidad que tenían de recurrir y que circunstancias funcionales le impidieron asesorarlos, por lo que solicita que se los incluya en la pretensión recursiva de sus consortes de causa (fs. 1645/1647).

En ocasión de fundamentar técnicamente las impugnaciones, alega que “no se puede concebir que los diez internos, con roles bien diferenciados en los hechos, puedan confiar su representación legal en un solo abogado” y explica que oportunamente pidió la adhesión al único recurso de casación concedido en un intento de “igualar la posición de los procesados, aunque solo logran adherir a los agravios de sus compañeros de causa, sin poder incorporar elementos propios”, situación que vuelve a producirse con la interposición del recurso extraordinario y que intenta superar con la presentación descripta en el párrafo anterior.

Insiste con sus críticas de la sentencia y alega que la ampliación de agravios en casación es válida y que el defensor en esa sede no está limitado por los planteamientos del defensor de juicio, pues se desnaturalizaría la revisión integral, argumento que, según alega, sustenta la decisión de V.E. en “Catrilaf”, de fecha 26 de junio de 2007. Con cita de los precedentes “Núñez” y “Noriega” alega que el recurso no puede limitarse a las cuestiones planteadas por el defensor técnico cuando

la defensa estuvo a cargo del Estado y se planteó el estado de indefensión; y reclama sobre el papel revisor que debió asumir el *a quo* en este aspecto, donde está en juego la responsabilidad estatal.

Por lo demás, vuelve sobre el pedido de inconstitucionalidad y dice que el *a quo* soslaya sus señalamientos sobre la crítica situación del instituto carcelario y el tratamiento que allí reciben los internos.

7. Por la falta de reserva oportuna, inexistencia de una genuina cuestión federal y ausencia de arbitrariedad, el recurso extraordinario fue denegado (fs. 1682/1688).

8. Al fundamentar técnicamente las quejas *in pauperis* se presentan la Dra. Eleonora Devoto (fs. 69 del presente legajo) en representación de los cuatro imputados que originariamente plantearon el recurso de casación, y por los restantes el Dr. Gabriel Ignacio Anitua (fs. 62/66 vta.)

La Sra. Defensora alega sobre la tempestividad de los agravios introducidos en la audiencia de casación para salvaguardar el derecho a la revisión de la condena y de la inconstitucionalidad planteada, insiste en la vulneración del derecho de defensa y la arbitrariedad en la valoración de la prueba y la individualización de la pena, poniendo de resalto que las pautas de mensuración son reiteradas una decena de veces y se incluye en todos los casos la lesión del ojo de un penitenciario, cuando en verdad sólo dos de los imputados fueron condenados por esa conducta.

Por su parte, el Sr. Defensor sostiene similar línea de argumentación y agrega que el rechazo de los recursos de casación de sus defendidos se resolvió sin que hubieran sido fundados en derecho.

– IV –

1. En vista de los antecedentes expuestos, pienso que las cuestiones planteadas requieren, ante todo, determinar si se verifica en este caso un menoscabo a la garantía constitucional de la defensa en juicio, agravio que, aunque con matices, vienen sosteniendo los apelantes en todas las instancias, y se vincula, en el supuesto que se estudia, con el derecho a obtener la revisión amplia de la condena, cuya inobservancia

también viene alegándose con sustento en la doctrina sentada por V.E. a partir del precedente “Casal” (Fallos: 328:3399).

Conviene recordar entonces que de lo que se trata es de verificar el ejercicio cierto de la defensa, pues tal como lo tiene dicho la Corte, quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; 311:2502; 327:5095), mas ello no implica juzgar sobre decisiones tácticas o el curso de acción escogido. Además, como ya lo ha dicho esta Procuración General, un desacierto en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho o desacuerdos entre el defensor y su pupilo no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada, en tanto ella tiende a asegurar oportunidades suficientes de audiencia y prueba –que en el caso han existido–, y no un determinado resultado (autos G 904, L. XLIV, dictamen del 22 de junio de 2009, con cita de la disidencia en Fallos: 324:3632, entre otros).

Por eso, debo coincidir con el *a quo* en que hubo ocasión suficiente de debate y prueba, sin que a ello obste la representación unificada de los imputados durante el juicio; sobre todo cuando es solo con posterioridad que se especula sobre una situación de contraposición de intereses que no se desarrolla y se alega de modo genérico la afectación de la garantía, sin aportar mayores precisiones que la demuestren.

En ese sentido, la Corte mantiene desde antiguo que es condición para la procedencia de los recursos deducidos sobre la base de la violación de la defensa en juicio la demostración de un perjuicio efectivo a ese derecho (Fallos: 302:583; 303:167, entre otros), recaudo que no se satisface cuando el apelante no especifica de manera concreta la influencia que hubieran tenido en la decisión del pleito las defensas que el recurrente se habría visto impedido de oponer (Fallos: 293:405; 306:1111; 307:74).

Directrices que, aun con la flexibilidad que exigen estos supuestos frente a la preeminencia de la garantía que se trata, no se verifican mínimamente en este caso, pues de las constancias de la causa no se desprende un menoscabo esencial ni evidente de la defensa y los planteamientos se reducen a su mera invocación.

Más allá de estas consideraciones de orden general, corresponde agregar, en tanto se cuestiona el rechazo de los recursos de casación

interpuestos *in pauperis* por cuatro de los imputados (conf. ap. 2.a) en razón de su intempestividad, que éstos, conforme las constancias de la causa y las apreciaciones de los tribunales de grado, ejercieron tardíamente su opción de impugnar a pesar de haber sido adecuadamente notificados –en persona los imputados y su defensor– (conf. fs. 1524/1525 de los autos principales).

Es más, el propio defensor es quien se ocupa de aclarar que fueron informados adecuadamente y que los imputados manifestaron su negativa a interponer recurso alguno, tal como se desprende de las actas que en fotocopias certificadas aportó la defensa estatal (fs. 1555 y sigtes.)

Y en ese sentido me permito recordar que son razones de seguridad jurídica las que obligan a poner un momento final para el ejercicio de ciertos derechos, pasado el cual, y sin extenderlo más, deben darse por decaídos (Fallos: 326:3895), porque no puede desconocerse que los plazos procesales y el régimen de preclusión tienen por finalidad reglar la forma en que se llegará a una decisión definitiva de certeza (Fallos: 313:711).

De lo contrario, se dejaría librado al arbitrio del recurrente la justificación de las demoras, incluso indecisiones, en el ejercicio de sus derechos, y de tal suerte, daría lugar a la posibilidad de que todos los pronunciamientos judiciales se rebatieran incesante y caprichosamente, afectando principios esenciales como lo son los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal.

De cualquier modo, y a fin de salvaguardar sus derechos, en este caso concreto, el tribunal dio intervención a otro asesor técnico (fs. 1552/1553), quien ejerció una vía de impugnación que fue abandonada tras el resultado adverso de la queja planteada ante el superior tribunal de la provincia, y luego fue reencausada mediante una adhesión al recurso de casación ya concedido respecto de otros imputados.

Mal puede hablarse entonces de falta de asistencia técnica u oportunidades de defensa cuando, aun fenecidos los plazos y con la flexibilidad necesaria para el caso, el Estado cumplió con su deber al proveer inmediatamente de un adecuado asesoramiento y resulta evidente que no puede atribuírsele la imposibilidad de acceder a recursos internos adecuados para proteger los derechos del individuo. Por el contrario,

han sido los acusados quienes, teniendo a su alcance la totalidad de los mecanismos que habilitaban la revisión de su condena, no ejercieron en término su derecho (Fallos: 331:1108).

De allí, pierde también sustento la alegación de que la revisión de sus respectivas condenas se habría visto cercenada por la limitación que implica la adhesión al recurso de otros coimputados, en cuanto al eventual planteamiento de agravios particulares —que por cierto no se individualizan ni describen—. En todo caso, fueron sus propias decisiones las que dejaron pasar la oportunidad adecuada y en modo alguno encuentro corroborado por las constancias causídicas que ello fuera producto de una situación de abandono material de la defensa.

2. Despejado este segmento de los agravios, cabe señalar que tampoco encuentro elementos que permitan cuestionar, en general, la calidad o los alcances de la revisión efectuada por el *a quo*.

De una parte, porque es sabido que los recaudos para la procedencia de los recursos locales son ajenos al conocimiento de V.E. en tanto regulan cuestiones de hecho y derecho procesal, regla de la que solo cabe apartarse en supuestos de patente arbitrariedad que, a mi manera de ver, no se verifican en este caso.

Por el contrario, diría que, en líneas generales, pueden compararse las consideraciones efectuadas en la sentencia con relación a la inoportuna formulación de ciertas críticas, y en particular, a la tardía introducción de los planteamientos de inconstitucionalidad que, conforme doctrina de innecesaria cita, deben articularse en la primera oportunidad en que resulta previsible; y no ser fruto de una reflexión tardía, circunstancia que obsta por sí sola el andamio de la apelación federal extraordinaria en ese aspecto.

Y de otro lado, porque el control de la sentencia de condena fue llevado a cabo, demostrando el pronunciamiento del *a quo* que los agravios de la defensa fueron escuchados y obtuvieron una respuesta, cuya arbitrariedad, con sujeción a los estrictos parámetros del precedente “Casal”, no se demuestra, más allá del acierto o error o lo opinable de lo decidido.

Y aquí me permito señalar que las alegaciones sobre la deficiente revisión que la defensa atribuye al *a quo*, pierden también de vista que se trata de una adhesión al recurso de casación interpuesto por

cuatro de los imputados, y confundiendo los límites y alcances de ese mecanismo procesal se exhiba en cuestionamientos no contenidos en el recurso principal. So pretexto, claro está, de un estado de indefensión que, conforme se concluyó en el apartado anterior, no se verifica en este caso, y que se endereza a revertir una situación provocada por los propios imputados: manifestaron su voluntad de no interponer recurso alguno y dejaron vencer los plazos. Y dos de ellos –L. y M.– ni siquiera se presentaron en *forma pauperis*.

A estas alturas, tampoco puede soslayarse que lejos de una interpretación ritualista o excesivamente formal, el tribunal interpretó con suficiente elasticidad la admisión de las adhesiones si se repara en las fechas de las providencias de fs. 1571, 1572 y 1573, y la presentación de fs. 1574, es decir, “sin satisfacer estrictamente la condición temporal”, tal como refiere la sentencia a fs. 1610 vta.

Volviendo entonces sobre lo revisado por el *a quo*, tenemos que el recurso de casación se circunscribe a la arbitrariedad en la valoración de la prueba y, en subsidio, propone una alternativa más leve a la adecuación legal de las conductas.

Y sobre la prueba, debo decir que la sentencia atacada se ocupó de extractar las partes pertinentes de la condena, a partir de las cuales se consideró que ésta contiene un examen integral, completo, coherente y sistemático de los elementos probatorios, haciendo hincapié en el análisis del conjunto del cuadro cargoso, para diferenciarlo del examen aislado y parcial que propone la defensa. Como así también el Procurador, cuyo criterio el decisorio comparte, señaló aspectos de la prueba como las manchas de sangre en los elementos punzantes secuestrados –que apuntalan la conclusión de que todos ellos fueron utilizados–, la idoneidad de éstos para producir el resultado –en concordancia con el informe de autopsia–, la secuencia temporal de la agresión verificada en el interior del penal y la convergencia en el hecho, la vestimenta de los internos y los bolsos preparados, la “invitación” recibida por algunos –elementos que confluyen en la existencia de un plan de fuga–.

Consideraciones luego reforzadas por el tribunal al descartar la adecuación legal de homicidio en riña propuesta por la defensa, con argumentos suficientes de hecho y derecho que le permiten sostener que no hubo “una pelea espontánea” y que los internos “pergeñaron su fuga... y durante el curso de su accionar ilícito dieron muerte al Sargento Emilio Adolfo R.”, conclusión que, más allá de lo opinable,

no refleja arbitrariedad, y la parte no consigue demostrar con sus razonamientos más que su desacuerdo con lo decidido.

3. Párrafo aparte merecen las críticas dirigidas a la individualización de las penas pues, a mi manera de ver, los agravios suscitan cuestión federal bastante en cuanto se invoca arbitrariedad en el tratamiento de las circunstancias que las determinan, y la deficiencia en su introducción quedó franqueada tras el abordaje de este aspecto en el fallo.

Es que si bien los aspectos referentes a la determinación de la pena resultan, por regla, privativos de los jueces de mérito, cabe hacer la excepción cuando, como en este caso, no se advierte una adecuada fundamentación respecto de tan trascendentes cuestiones, y el *a quo* ha soslayado el examen de circunstancias relevantes, lo que, en mi opinión, permite descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido y justifica el conocimiento de V.E. (Fallos: 328:3399).

Me estoy refiriendo, concretamente, a las alegaciones sobre la situación imperante en el penal donde ocurrieron los hechos, pues, si bien es cierto, como sostiene el *a quo*, que esas circunstancias no modificarían la responsabilidad por lo hecho, no lo es menos que ello sí tiene injerencia en la determinación de la pena.

Tal como señala la defensa, entre otras varias cosas, la adecuada fundamentación exige el examen de “las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión” y “los motivos que lo determinaron a delinquir”, aspecto de particular importancia cuando, como en este caso, todos los imputados fueron condenados por el intento de fuga, en la apelación se señala que en visitas efectuadas al penal se ha advertido un “perverso sistema” que incumple los estándares internacionales, que se usa para “disimular la identidad de una vetusta cárcel de mayores donde hoy se encierra a los menores de edad de la provincia”, y el propio tribunal se refiere a “las elevadas estadísticas de mortalidad que se han verificado en ese establecimiento de detención minoril”.

Si a esto sumamos que, tal como se advierte de una simple lectura y también lo indica la defensa en esta instancia, la argumentación es prácticamente idéntica en todos los casos y se valora como circunstancia agravante el tipo de lesión sufrida por un agente del servicio penitenciario, cuando ese hecho fue atribuido a uno solo de los imputados,

resulta que, de adverso a la apreciación del *a quo*, la pena no aparece racionalmente fundamentada y la revisión practicada deviene insuficiente para garantizar el derecho de los imputados.

– V –

En razón de todo lo expuesto, opino que V.E. puede, abriendo parcialmente la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto el fallo con los alcances indicados y devolver las actuaciones para que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo. Buenos Aires, 30 de agosto de 2010. *Luis Santiago González Warcalde*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de diciembre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos rechazó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que condenó a Lázaro Jesús Calcena, Luis Miguel Wasinger, Luis Alberto Centurión, Daniel Alberto Mazzini, Alfredo Maximiliano López, Luis Roberto Molina, Edgardo Sebastián Silguero, Andrés Maximiliano Bains, Juan Manuel Melgar y Rubén Gastón Godoy por los delitos y las penas individualizadas a fs. 1447/1522 vta. de los autos principales.

2º) Que el rechazo del recurso de casación motivó la interposición de los respectivos recursos extraordinarios denegados a fs. 1682/1688 de los autos principales, lo cual dio origen a las presentes quejas, introducidas *in pauperis*, y fundadas por la defensa oficial a fs. 62/66 vta. –respecto de Centurión, Calcena, López Pérez, Molina, Melgar y Wasinger– y 69/73 vta. –en cuanto a Bains, Mazzini, Godoy y Silguero–.

3º) Que de los agravios invocados por la defensa oficial en esta instancia, dos resultan de particular relevancia para la decisión del *sub lite*: los relativos al derecho a la revisión integral de la sentencia condenatoria y la violación del derecho de defensa en juicio.

4°) Que del examen del recurso de casación interpuesto en su oportunidad por el Defensor Oficial que había tenido a su cargo la asistencia letrada de la totalidad de los imputados durante el debate se desprende que la sentencia condenatoria fue impugnada fundamentalmente sobre la base de las erróneas motivación y valoración de la prueba, y subsidiariamente, se solicitó la sustitución de la calificación legal prevista por el artículo 79 del Código Penal (homicidio simple) por la del artículo 95 (homicidio en riña).

5°) Que con respecto a la acreditación del hecho, en esa ocasión el defensor puso de manifiesto diferentes aspectos de la valoración de la prueba realizada por el sentenciante, que consideró impugnables desde el punto de vista de las reglas de la sana crítica racional, tales como, entre muchos otros, que se haya dado preferencia a los testimonios de contenido cargoso prestados en la instrucción por sobre las declaraciones del debate –de sentido contrario– arguyendo que los testigos podrían sentirse atemorizados, la indeterminación de la actuación de cada uno de los participantes en la muerte del oficial penitenciario y la ausencia de acreditación de quién fue el autor material de este hecho.

6°) Que, con prescindencia del acierto o el error de las quejas de la defensa sobre la insuficiente prueba del hecho, lo expresado en la sentencia de casación no satisface en modo alguno el estándar de revisión fijado por esta Corte a partir del caso “Casal” (Fallos: 328:3399 y precedentes subsiguientes sobre el punto). En efecto, el *a quo* se limitó a reproducir parcialmente la sentencia que debía revisar y omitió un examen específico de las constancias cuestionadas mediante la utilización de fórmulas que nada dicen sobre la prueba en concreto cuyo examen había sido llamado a realizar por la recurrente (cf. especialmente fs. 1611 vta.).

7°) Que un destino parecido sufrió la impugnación relativa a la calificación legal. Con relación a esto, la defensa había señalado que por similares argumentos a los que había esgrimido con respecto a la prueba, y dado que no estaba establecido quiénes fueron los autores materiales y, al mismo tiempo, se había descartado expresamente en la sentencia la acreditación de toda forma de premeditación, la subsunción que correspondía hacer de los hechos, en todo caso, no era la del artículo 79, sino la del artículo 95 del Código Penal.

8°) Que de la lectura de la sentencia referida se desprende que el tribunal tuvo por probado que los imputados “se pusieron de acuerdo

para fugarse del penal, y que en el *iter criminis* de tal conducta dieron muerte dolosamente al Sargento Emilio Adolfo Reynoso, ejecutando todos ellos la acción típica de matar...” (fs. 1510). Esa conducta fue calificada como homicidio simple (artículo 79 del Código Penal) —a pesar de que el fiscal había reclamado la aplicación del artículo 80, incs. 6° (“con el concurso premeditado de dos o más personas”) y 7° (homicidio *criminis causa*)— con fundamento en que “no se encuentra probado en autos, más concretamente un acuerdo de voluntades o convergencia intencional entre los enjuiciados para matar al Sargento Reynoso y posteriormente fugarse del penal” (fs. 1509 vta.). En cuanto al homicidio en riña que ya había sido propuesto subsidiariamente por la defensa, se dijo que “[si] bien no surge del expediente quién de los diez enjuiciados fue quien aplicó el puntazo letal en el corazón de Reynoso, que a la postre le ocasionó la muerte, tal ilícito no puede tener acogida favorable, pues se trató por parte de los internos de un acometimiento no espontáneo, sino que existió una preordenación para el logro de un determinado resultado, más concretamente hubo un acuerdo previo para fugarse de la Unidad n° 5, descartándose como se dijo un consenso previo para matar o lesionar” (fs. 1509 vta.).

9°) Que ciertamente no corresponde que esta Corte analice la correcta subsunción del caso o indague acerca de las razones por las que el tribunal oral calificó el hecho descrito como un homicidio doloso simple y descartó la calificación legal propuesta por el fiscal, como así también el tipo penal postulado por la defensa. Pero, en todo caso, a quien sí le correspondía realizar este análisis era al tribunal superior, el cual debió examinar la cuestionada motivación de la sentencia también en este aspecto. En este sentido, la sola enumeración de fallos y citas doctrinarias relativas al homicidio en riña, cuya relación con el caso no se entiende por sí misma, sumada a la transcripción de las afirmaciones de la sentencia, no constituye un tratamiento serio de las críticas formuladas por la defensa en esta dirección.

10) Que la revisión insuficiente de la condena y el tratamiento aparente de los agravios de la defensa señalados precedentemente ya resultan suficientes para descalificar la sentencia apelada, lo cual así habrá de resolverse. En este sentido, la discusión en torno a la oportuna interposición de los demás agravios resulta irrelevante, pues no se dio adecuado tratamiento ya a aquellos que fueron interpuestos *tempestivamente*. Por lo demás, se debe señalar que el *a quo* tampoco examinó los argumentos introducidos por las defensas que asumieron en esa instancia y que resultaban encuadrables dentro de lo que el

propio tribunal había calificado como una *ampliación admisible* de los “fundamentos” del recurso (en contraposición a una ampliación inadmisibles de los “motivos” de casación).

11) Que, sin perjuicio de lo indicado, no es posible dejar de señalar la situación particular planteada en autos con relación al agravio relativo a la violación al derecho de defensa introducido formalmente, por primera vez, en la audiencia de casación.

A pesar de entender que era extemporáneo, el *a quo* consideró que debía analizarlo, por tratarse de “un vicio susceptible de causar una nulidad absoluta” (fs. 1614 vta.). El argumento de la defensa –calificado de “artificial”– fue desechado, pues no se habría logrado establecer “de qué modo o forma se vio conculcada la defensa en juicio de los justiciables, que contaron con todas las posibilidades de contradicción y defensa técnica”, “siempre conocieron las imputaciones y pudieron responderlas con el aporte probatorio respectivo” y nunca se habrían visto privados de la posibilidad real y efectiva de ejercer la defensa.

12) Que también en este punto recurre el tribunal a fórmulas vacías, se aparta de las constancias de la causa y omite el debido tratamiento de los agravios que él mismo consideró que estaba obligado a examinar por encontrarse en juego, en sus palabras, “una garantía constitucional de primera magnitud”.

Así, con respecto a la forma concreta en que se habría visto conculcada la defensa en juicio, la asistencia letrada en casación había indicado, concretamente, que no había existido en el caso tutela efectiva del derecho de defensa, por cuanto diez imputados por distintos hechos y con intereses encontrados habían sido defendidos por un solo defensor que asumió pocos días antes del debate y a quien no se le hizo lugar a su solicitud de postergación a fin de estudiar una causa compleja (cf. notas del defensor general a fs. 1587).

En particular, la posibilidad de intereses contrapuestos alegada no fue ni siquiera mencionada en el decisorio, y sólo se hace una referencia al tema en la resolución que rechaza el recurso extraordinario, donde se justifica su no tratamiento y la improcedencia de la cuestión federal por no haber sido realizada en tiempo y forma la ineludible “reserva” (en contra de lo manifestado explícitamente a fs. 1587 por la defensa).

Del mismo modo, mal puede decirse, sin más ni más, que se contó con “todas” las posibilidades de defensa cuando, tal como se alegó, la solicitud de prórroga de la audiencia del nuevo defensor, fundada en que desde su designación hasta el momento de la audiencia sólo restaban ocho días, que se trataba de una causa compleja y voluminosa, y que también tenía a su cargo la subrogancia de la defensoría civil, fue rechazada de plano (fs. 1401/1402). Salvando las diferencias, no deja de llamar la atención que, justamente, el “cúmulo de tareas” existentes en el tribunal de juicio, hubiera sido el motivo, en su momento, para decidir la postergación del debate durante dos meses (fs. 1389). 13) Que, dadas las razones expresadas, no corresponde abrir juicio acerca de la viabilidad de los restantes agravios invocados por los recurrentes.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia impugnada. Acumúlese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal del origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase.

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

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se deja sin efecto la sentencia apelada. Remítanse los

autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Hágase saber y cúmplase.

CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que los recursos de hecho han sido deducidos extemporáneamente (artículos 158, 282 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), circunstancia de por sí suficiente para su rechazo.

No obstante ello, y a mayor abundamiento, corresponde señalar que las cuestiones alegadas en las presentaciones directas no ameritan tratamiento en jurisdicción extraordinaria federal (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Al respecto, debe remarcarse que la garantía de la doble instancia no impone a los magistrados la obligación de tratar cuestiones planteadas tardíamente y, de ese modo, contrariar disposiciones procesales vigentes (Fallos: 332:2705, disidencia de la ministra Argibay). En lo atinente a la supuesta afectación de la defensa en juicio, corresponde remitir —en lo pertinente— a los argumentos expresados por el señor Procurador Fiscal en el punto IV.1 del dictamen agregado a fs. 101/107 vta.

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

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho fundado por el **Dr. Gabriel Ignacio Anitúa, Defensor Oficial**, en representación de **Luis Alberto Centurión, Lázaro Jesús Calcena, Maximiliano Alfredo López Pérez, Luis Alberto Molina, Juan Manuel Melgar, Miguel Angel Wasinger** y por la **Dra. Eleonora Devoto, Defensora Oficial**, en representación de **Andrés Maximiliano Baini, Daniel Alberto Mazzini, Rubén Gastón Godoy y Edgardo Sebastián Silguero**.

Tribunal de origen: **Sala n° 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara 1° en lo Criminal de Gualeguay, 4° Circunscripción Judicial de la Provincia de Entre Ríos.**

P., H. P. Y OTRO c/ DI CESARE, LUIS ALBERTO Y OTRO s/ ART. 250 C.P.C.

SENTENCIA DEFINITIVA.

Si bien las decisiones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario pues no constituyen la sentencia definitiva que exige el art. 14 de la ley 48, tal principio debe ceder si los recurrentes han expresado –con apoyo en las constancias médicas acompañadas– que dada la insuficiencia de sus medios económicos, la falta de cobertura médica privada y las carencias del hospital público zonal para cubrir las necesidades básicas que requiere el cuidado de la hija, la demora en el inicio del proceso asistencial, terapéutico y de equipamiento ortopédico requeridos hasta el momento de la sentencia definitiva, no sólo agravará su delicado estado de salud, con claro riesgo de su vida, sino que ocasionará nuevos daños irreversibles, circunstancias que permiten tener por cumplido el requisito de definitividad y ponen de manifiesto la necesidad de obtener una tutela jurisdiccional efectiva para modificar la situación en que se encuentra y evitar mayores perjuicios.

–La jueza Argibay, en disidencia, consideró que los recursos extraordinarios no se dirigían contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48)–.

TUTELA ANTICIPADA.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que revocó el pronunciamiento que había admitido la medida anticipatoria considerando que, a diferencia de las medidas cautelares clásicas, la admisión de la misma exigía la “casi certeza” de que el derecho pretendido existía, ya que omitió evaluar la incidencia de la imputación objetiva –a título de riesgo creado– formulada en la demanda en los términos del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil, y dicho examen resultaba particularmente exigible dado que la mención de la incidencia causal que la conducta de la víctima –menor que se encontraba circulando en bicicleta– podría haber tenido en la producción del evento no resulta sustento bastante para denegar la procedencia de la tutela requerida, so pena de restringir injustificadamente su ámbito de aplicación.

TUTELA ANTICIPADA.

Teniendo en cuenta que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de

las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, no pudo pasar desapercibido para la cámara, dada la interrelación que existe entre los requisitos de admisibilidad, la relevancia que en este tipo de medidas adquiriría la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven, ni los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia, y en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente).

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La cuestión por la que se corre vista a esta Procuración General ha sido tratada en el expediente S.C.P. N° 37, L.XLVI, a cuyas consideraciones me remito. Buenos Aires, 6 de setiembre de 2011. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

Suprema Corte:

– I –

Contra la resolución dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –Sala A– que revocó la medida anticipatoria decretada en favor de la actora, ésta interpuso recurso extraordinario cuya denegatoria da lugar a la presente queja (v. fs. 363/364, 375/394 y 434/435 del expediente principal, a cuya foliatura me referiré en adelante).

– II –

El objeto de las actuaciones es la obtención de una medida interina de fondo, en el marco de un accidente de tránsito en el que, según se sostiene en el escrito inicial, el demandado arrolló la bicicleta en la que viajaba la accionante. Como consecuencia de dicho evento, esta última –en ese entonces menor de edad– ha quedado en estado vegetativo, afectada por una incapacidad absoluta e irreversible (v. fs. 55/57). El

tratamiento adecuado de ese cuadro exigiría una serie de erogaciones que –a criterio de la peticionaria– deberían correr por cuenta de la contraria desde el inicio del proceso, en razón de la responsabilidad que le cabe en la producción del suceso dañoso, de la imposibilidad familiar de subvenir a esas necesidades, y de ser imprescindible la cobertura inmediata de una serie de aspectos asistenciales para evitar perjuicios mayores, que se cernirían sobre la vida misma de la paciente.

En primera instancia se acogió el pedido inaudita parte, disponiendo que la compañía aseguradora del demandado satisfaga la suma de \$ 43.212 para la adquisición de diversos implementos ortopédicos, así como un importe de \$ 6.300 por mes, para sufragar los cuidados asistenciales (v. fs. 71/74). En cumplimiento de ese decisorio, la actora retiró el importe destinado a la compra de insumos y varias cuotas mensuales.

Apelada dicha resolución, la Cámara estimó centralmente que este nuevo tipo de protección procesal rápida presenta como peculiaridad que, a diferencia de las medidas cautelares clásicas, reclama la acreditación de una fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible y no la mera verosimilitud con la que se contenta la diligencia precautoria. Debe darse, dijo, la casi certeza de que existe el derecho esgrimido.

Consideró que, con los escasos datos con los que se contaba al momento de decidir, no surgía con el vigor suficiente aquel extremo justificativo de la excepcional tutela anticipada. Antes bien, apuntó, del informe de *accidentología vial* producido en la causa penal resulta que la afectada podría no haber sido por completo ajena a la verificación del lamentable evento.

De tal suerte, concluyó, en la mejor de las situaciones para la actora podría atribuirse verosimilitud al derecho, pero no la casi certeza requerida en este campo.

Aclaró que dicha conclusión se imponía con los elementos reunidos hasta ese entonces, sin perjuicio de lo que pudiere resolverse de contar en el futuro con los elementos probatorios necesarios.

– III –

En su apelación federal la recurrente sustenta la arbitrariedad del fallo valiéndose, en sustancia, de los siguientes argumentos:

(i) Al privarse a la actora de los fondos para prolongar su vida, se ha omitido considerar y aplicar normas de jerarquía constitucional conducentes, así como la doctrina de esa Corte Suprema. Así, se ha desconocido la vigencia de las leyes 23.849 y 26.378 –que aprobaron las Convenciones sobre los Derechos del Niño y sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, respectivamente–, la prelación del ordenamiento jurídico, el derecho a la vida y a la salud y el derecho de acceso a la justicia (arts. 14, 18, 31 y 42 de la Constitución Nacional; art. 12.c.- del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5.1 del Pacto de San José de Costa Rica; y art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En tal sentido, esa Corte Suprema enfatiza que el derecho a la salud –máxime cuando se refiere con enfermedades graves– está íntimamente relacionado con el principio de autonomía personal y con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por nuestra Carta Magna; y postula que el hombre es el eje de todo el sistema jurídico, de modo que su persona es inviolable y representa un valor fundamental respecto del cual todos los demás tienen un valor instrumental. A su tiempo, el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que en caso de conflicto de intereses, debe prevalecer el interés del niño, y consagra el derecho de éste a una buena calidad de vida y a la salud, habilitando la interposición de acciones destinadas a restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces (arts. 1, 8 y 9). Por otro lado, la resolución desconoce que entre los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se destaca la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso.

(ii) Al denegar el anticipo pretendido, se quiebra abruptamente la línea establecida en el *leading case* “Camacho Acosta”, sin dar motivos suficientes. Por un lado, imponer la acreditación de una cuasi certeza del derecho invocado, implica introducir un requisito de admisibilidad no previsto en el ordenamiento procesal y sustancial, ni exigido por esa Corte Suprema en el precedente mencionado, donde sólo se aludió a la mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que serían la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. En el caso, concurre esa verosimilitud, amén de que –como lo tiene decidido ese máximo tribunal– las medidas cautelares no exigen un examen de certeza, desde que el juicio de verdad se encuentra en oposición a la finalidad de las precautorias, que no excede el marco de lo hipotético dentro del cual agota su virtualidad. Además, contrariamente a lo sostenido

por los jueces, estando en juego derechos humanos fundamentales, el criterio debe ser flexible, de manera que la verosimilitud del derecho debe entenderse como posibilidad de su existencia y no como incontestable realidad, a la que se llegará recién al agotarse el trámite. En estos supuestos, el peticionario discapacitado y menor de edad que intenta evitar un perjuicio irreversible en la salud, debe obtener una satisfacción inmediata, porque la urgencia es más importante que la certeza. En el contexto fáctico que resulta de la causa penal y dado que el demandado y la aseguradora dieron una versión diferente del hecho sin negar su ocurrencia, la fuerte probabilidad de que el derecho material sea atendible, está ampliamente justificada; punto éste que no fue tratado por el fallo que estableció el extremo de la casi certeza, aunque tuvo por cumplido el recaudo de la verosimilitud. La Sala no ponderó que el caso debe abordarse a la luz del art 1113 del Código Civil, norma que consagra la responsabilidad objetiva del dueño o guardián con una presunción legal a favor de la víctima, imponiéndose a aquéllos la carga de probar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. Se trataría de una imputación legal de responsabilidad presumida que sólo debe ceder, ahora sí, ante la casi certeza de la culpa de la propia víctima, circunstancia que en el caso resulta contradicha con la afirmación de la Sala acerca de la verosimilitud del derecho invocado por la actora.

(iii) Al aseverar que, según el informe de fs. 36/39 de la causa penal, la afectada podría no haber sido por completo ajena a la ocurrencia del hecho, se realiza una afirmación dogmática, carente de fundamentación. Más aún, la expresión utilizada da la idea de coparticipación responsable del conductor del automóvil. Por lo demás, este último resultaría ser –además de responsable en los términos del citado art. 1113– culpable de causar el infortunio, habiéndose aclarado en la demanda principal las razones –inclusive técnicas– que fundan esa conclusión.

– IV –

En cuanto a la procedencia formal del recurso, cabe recordar la enseñanza de V.E. en el sentido de que un pronunciamiento ha de reputarse definitivo –aún sin serlo en estricto sentido procesal– cuando lo decidido produce un agravio que, por su magnitud y las circunstancias de hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso, por ser de insuficiente o tardía reparación ulterior (Fallos: 331:2135).

Creo que esa es la situación que se verifica en la especie –más allá de la salvedad que hicieron los jueces acerca de lo que pudiere resolverse de contar en el futuro con más elementos probatorios–, pues se ha invocado el carácter imprescindible de los aportes económicos mensuales de la aseguradora para solventar necesidades vitales de la actora, quien –como se adelantó– se encuentra en estado vegetativo, a raíz del accidente vial referido.

Ahora bien, el debate suscitado pasa eminentemente por un tema de derecho procesal y común reservado, en principio, a los jueces de la causa. Con ello, el fallo atacado sólo resultará susceptible de revisión por esta vía excepcional si se constata alguno de los presupuestos que hacen operativa la doctrina de la arbitrariedad (arg. Fallos: 328:3922; 330:4983; y 331:886, entre muchos otros).

De coincidirse con este enfoque, corresponde examinar la cuestión a la luz de dicha doctrina.

– V –

En esa tarea, debo decir en primer lugar que, a mi modo de ver, las críticas dirigidas contra la regla interpretativa sobre el grado de certeza exigible en el marco de la tutela anticipada, no demuestran que –en tanto pauta general de abordaje– ese criterio abrigue un defecto que autorice a descalificar la sentencia. Por el contrario, pienso que la apelación –que propicia una equiparación irrestricta con el régimen de las medidas precautorias– sólo alcanza a traslucir la discrepancia de la recurrente, en una materia compleja que presenta aristas conceptuales y terminológicas que, a nivel nacional, permanecen legislativamente indefinidas.

Precisamente, aunque apuntando a otras características de esta figura (la índole del daño y la posibilidad de restitución), en el dictamen publicado en Fallos: 331:941 –que V.E. compartió– tuve ocasión de señalar que este resorte procesal difiere de las cautelares clásicas especialmente por sus efectos, puesto que no garantiza el derecho pretendido sino que lo adelanta. También expresé allí que la alteración del estado de hecho o de derecho debe encararse con criterio más estricto, máxime si se lleva cuenta de las implicancias que tiene este tipo de decisiones en el área de la defensa en juicio.

Esta es, a mi entender, la visión que subyace en el criterio acuñado por V.E. que tiene por justificada una mayor prudencia en la valoración de los recaudos de admisibilidad cuando se trata de decisiones excepcionales que implican un anticipo de jurisdicción favorable (Fallos: 319:1069; 323:2461; 330:5251, por remisión al dictamen de esta Procuración, entre otros).

– VI –

Sin embargo, encuentro asidero a la impugnación en cuanto el tribunal omitió profundizar en la eventual incidencia de la imputación objetiva –a título de riesgo creado– formulada en el inicio contra el code mandado Di Cesare, en los términos del art. 1113 del Código Civil. Ello, en función de la inversión de la carga de la prueba también invocada en la demanda, en base a la presunción legal que ese precepto acuerda en favor del damnificado, presunción que –sostuvo la actora– debe desvirtuar el dueño o guardián de la cosa riesgosa acreditando –en lo que nos interesa– el hecho causalmente decisivo de la víctima.

Paralelamente, esa reflexión deja en descubierto la discordancia acusada en la apelación en punto a que el decisorio se vale de la posible culpa de la actora en la producción del evento pero, al mismo tiempo, asevera la verosimilitud de su derecho, sin hacerse adecuado cargo de las posibles repercusiones de esa afirmación en el contexto antedicho.

Por último, en un marco tan particular como es el de autos, la Sala prescindió de ponderar la relevancia que en la solución del problema podría adquirir la gravedad e inminencia del daño –que, en la emergencia, parece remitir directamente a la subsistencia misma de la víctima discapacitada–, desde que no es irrazonable suponer que los costos personales para la actora serán irreversibles si en el futuro la sentencia definitiva hiciera lugar a la demanda.

Tengo para mí que las características del caso imponían sopesar minuciosamente todos esos factores que, sin embargo, fueron preteridos sin una explicación plausible; sobre todo, ante la directriz que trasciende de Fallos: 320:1633 (consid. 9º), en punto al cuidado que los jueces deben poner en la consideración de las cuestiones sometidas a juzgamiento, cuando la anticipación requerida tiende a reparar un agravio causado a la integridad física y psíquica de la persona, tutelada por el

art. 5.1. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (arg. Fallos: 329:4931; 330:704 y 4040; y 332:616, entre muchos otros).

– VII –

En tales condiciones, sin que ello implique adelantar opinión acerca de la procedencia del reclamo, aconsejo que V.E. deje sin efecto la resolución apelada y disponga que se devuelvan las actuaciones para que –por donde corresponda– se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 6 de septiembre de 2011. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Recursos de hecho deducidos por la Defensora Oficial de P. C. P y la actora en la causa Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los actores –que actúan en representación de su hija incapaz– en el marco de un juicio por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, dedujeron un incidente de tutela anticipatoria a fin de que se condenara al demandado y a su compañía aseguradora a pagar la suma de \$ 43.212 para la adquisición de diversos elementos ortopédicos y la de \$ 6.300 mensuales para sufragar la atención médica y los gastos que el cuadro de salud de la joven requería. Sostentaron su pedido en la falta de recursos económicos y en la presunción de responsabilidad prevista en el art. 1113, párrafo segundo, segunda parte, del Código Civil, en constancias de la causa penal e informes médicos, en precedentes del Tribunal, en las normas constitucionales que tutelan el derecho a la vida y a la salud, como también en diversos tratados internacionales que preservan los derechos de los menores y de las personas discapacitadas.

2º) Que, al respecto, expresaron que el 17 de abril de 2008, en horas del mediodía, en circunstancias en que su hija –en esa época menor de edad– se encontraba circulando en bicicleta por el carril derecho de la calle Los Filtros de la ciudad de San Rafael, Provincia de Mendoza, fue violentamente embestida en la parte trasera por el rodado Fiat Duna, conducido por el demandado, que circulaba en el mismo sentido a elevada velocidad; que como consecuencia del impacto –que motivó que la bicicleta quedara enganchada al automóvil y fuera arrastrada un largo trecho hasta que el vehículo se detuvo– sufrió gravísimas lesiones que llevaron al estado vegetativo en que se encuentra, con una cuadriplejía espástica de carácter irreversible.

3º) Que la sentencia de primera instancia admitió la medida anticipatoria solicitada y ordenó la apertura de una cuenta bancaria para que se depositaran las sumas antes aludidas, pero la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó tal decisión porque consideró que, a diferencia de las medidas cautelares clásicas, la admisión de la peticionada exigía la “casi certeza” de que el derecho pretendido existía, es decir, que se configurara una fuerte probabilidad de que el reclamo formulado sería finalmente atendido y no una mera verosimilitud del derecho, extremo que no se habría conformado en el caso.

4º) Que la alzada sostuvo también que con los escasos elementos con que se contaba en ese momento no podía tenerse por configurada la “casi certeza” requerida; antes bien, del informe de accidentología vial obrante en la causa penal resultaba que la joven podría no haber sido por completo ajena a la producción del lamentable evento, por lo que en la mejor de las situaciones para aquélla podría atribuirse verosimilitud del derecho pero no tener por acreditado, con el alcance referido, el requisito mencionado, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en el futuro de contarse con mayores elementos de juicio.

5º) Que contra dicho pronunciamiento los peticionarios y la Defensora Pública de Menores e Incapaces dedujeron sendos recursos extraordinarios que, denegados, dieron origen a los presentes recursos de queja, cuya acumulación se ordena en este acto dada su íntima conexidad. Sostienen que la resolución apelada debe ser dejada sin efecto porque el *a quo* ha prescindido de aplicar diversas normas contenidas en la Constitución Nacional y en tratados internacionales que cuentan con igual jerarquía, que resguardan el derecho a la vida y a la salud, al privar a quien ha quedado incapacitada en forma absoluta y

con carácter irreversible de los tratamientos asistenciales, médicos y terapéuticos que resultaban imprescindibles para no agravar los daños y poner en riesgo su propia vida.

6°) Que, asimismo, se agravan porque al juzgar sobre la viabilidad de la medida cautelar innovativa, la alzada ha introducido un requisito de admisibilidad no previsto en el ordenamiento procesal ni exigido por la jurisprudencia del Tribunal, al requerir la existencia de “casi certeza” en el derecho invocado; y porque ha prescindido de aplicar la presunción de responsabilidad que pesa sobre el dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa (art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil), máxime cuando la expresión utilizada en la sentencia en torno a que “la menor podría no haber sido por completo ajena a la verificación del lamentable hecho”, presupone la idea de coparticipación responsable del conductor del automóvil en la producción del accidente.

7°) Que si bien es cierto que las decisiones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario pues no constituyen la sentencia definitiva que exige el art. 14 de la ley 48, tal principio debe ceder cuando el fallo produce un agravio de insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior, o bien cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible, con menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda la pretensión (Fallos: 319:2358; 320:1633).

8°) Que tal situación se presenta en el caso porque los recurrentes han expresado –con apoyo en las constancias médicas acompañadas– que dada la insuficiencia de sus medios económicos, la falta de cobertura médica privada y las carencias del hospital público zonal para cubrir las necesidades básicas que requiere el cuidado de su hija, la demora en el inicio del proceso asistencial, terapéutico y de equipamiento ortopédico requeridos hasta el momento de la sentencia definitiva, no sólo agravará su delicado estado de salud, con claro riesgo de vida, sino que ocasionará nuevos daños irreversibles, circunstancias que permiten tener por cumplido el requisito de definitividad y ponen de manifiesto la necesidad de obtener una tutela jurisdiccional efectiva para modificar la situación en que se encuentra y evitar mayores perjuicios.

9°) Que aceptada la conclusión precedente, los agravios de los recurrentes atinentes al grado de certeza del derecho exigible en el marco

de la tutela anticipada, resultan inadmisibles pues sólo dejan traslucir su disconformidad con la solución adoptada en un asunto que ha suscitado diferentes cuestiones en doctrina y jurisprudencia y no ha encontrado aún recepción legislativa, más allá de que no se advierte un claro apartamiento del criterio que la Corte Suprema ha sentado al respecto en el precedente “Camacho Acosta” (Fallos: 320:1633), en punto a la mayor prudencia que se requiere en la apreciación de los recaudos que hacen a su procedencia.

10) Que las restantes objeciones de los apelantes, por el contrario, suscitan cuestión federal para habilitar la instancia extraordinaria, pues al tiempo de examinar el requisito de verosimilitud el *a quo* ha omitido evaluar la incidencia de la imputación objetiva –a título de riesgo creado– formulada en la demanda en los términos del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil. Dicho examen resultaba particularmente exigible dado que la mención de la incidencia causal que la conducta de la víctima podría haber tenido en la producción del evento no resulta sustento bastante para denegar la procedencia de la tutela requerida, so pena de restringir injustificadamente su ámbito de aplicación.

11) Que, asimismo, no pudo pasar desapercibido para la cámara, dada la interrelación que existe entre los requisitos de admisibilidad, la relevancia que en este tipo de medidas adquiriría la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven, ni los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia, habida cuenta del cuidado que los jueces deben poner en la consideración de las cuestiones sometidas a su conocimiento, en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente; arg. Fallos: 320:1633, considerando 9°).

12) Que ello es así pues una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de

justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía.

13) Que la ausencia de evaluación de las circunstancias mencionadas en los considerandos precedentes, importó soslayar que es de la esencia de los institutos procesales de excepción como el requerido, enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio– sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque se encuentran enderezados, precisamente, a evitar la producción de perjuicios que podrían generarse en caso de inactividad del magistrado y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en oportunidad de dictarse el fallo final, en razón de que por el transcurso del tiempo y la urgencia que requiere la tutela de los derechos en juego, sus efectos podrían resultar prácticamente inoperantes.

14) Que, por último, corresponde recordar que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual –aspectos ambos que resultan patentes en la causa– a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa, cabe aclarar, una decisión final sobre el reclamo de los demandantes formulado en el proceso principal.

15) Que, en tales condiciones, no debería dilatarse más el tiempo todavía útil para satisfacer las expectativas de los recurrentes en punto al tratamiento de la petición cautelar, por lo que corresponde admitir la procedencia de los recursos extraordinarios interpuestos, pues media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declaran procedentes las quejas y admisibles los recursos extraordinarios deducidos por los progenitores de la incapaz y por el Ministerio Público de la Defensa y se deja sin efecto la decisión apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con

arreglo a lo expresado. Agréguese las quejas al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que los recursos extraordinarios, cuyas denegaciones originan las presentes quejas, no se dirigen contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se desestiman estas presentaciones directas. Notifíquese, previa devolución de los autos principales, archívense.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Héctor Paulino Pardo y Carina Ramona Orozco, en representación de su hija P. C. P., quienes actúan por intermedio de su letrado apoderado, Dr. Gustavo Alberto Prats y, el segundo, por la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, Dra. María Cristina Córdoba en ejercicio de la representación promiscua de la incapaz.**

Tribunal de origen: **Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 30.**

ALFACAR S.A. S/ CONCURSO PREV. S/ INC. DE REVISIÓN
POR HSBC BANK ARGENTINA S.A.

PESIFICACION.

Corresponde confirmar la sentencia que consideró que el decreto 410/02 exceptúa razonablemente de la “pesificación” a las operaciones de financiación de importaciones concretadas por entidades financieras ya que la dogmática y genérica alegación de inconstitucionalidad no basta para fundar la pretensión de que la

Corte resuelva con prescindencia de un acto público como lo es dicho decreto, puesto que se halla desprovista de la rigurosa carga argumentativa y justificatoria con arreglo a la cual el impugnante debe realizar una “demostración concluyente” de la discordancia “substantial” de la norma impugnada con respecto de la Constitución Nacional.

PESIFICACION.

El recurrente que sólo exhibe un discurso subjetivo para sostener los agravios relacionados con el principio de igualdad y con la posible inconsistencia entre el decreto impugnado y la ley de emergencia 25.561, limitándose a reproducir mecánicamente la postura sostenida desde su presentación inicial, ha dejado incólume el decisivo argumento en que hace pie la sentencia apelada, en cuanto a que el decreto 410/2002 fue dictado en uso de las atribuciones que la ley 25.561 delegó en el Poder Ejecutivo, y que éste utilizó tanto para establecer la regla general de la pesificación prescripta en el artículo 1° del decreto 214/2002, que la actora invoca a favor de su reclamo, cuanto para contemplar las excepciones a dicha regla como las que establece el mencionado decreto 410/2002.

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA.

El decreto 410/02 –que excluyó a ciertas operaciones de la conversión a pesos establecida en el artículo 1° del decreto 214/02–, no es una norma reglamentaria de la ley 25.561, sino que fue dictada en virtud de las atribuciones excepcionales conferidas al Poder Ejecutivo Nacional por el art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, y puesto que no se ha cuestionado el cumplimiento de los recaudos constitucionales para el dictado de aquella clase de normas por parte del Poder Ejecutivo Nacional, si el recurrente pretendía impugnar su constitucionalidad con sustento en que contradecía lo establecido en una norma de jerarquía superior, debió exponer cuál sería la razón para sostener que la norma cuestionada no podía establecer una exclusión no contenida en una ley anterior (la ley 25.561), o más precisamente, en otro decreto dictado con anterioridad en el ejercicio de idénticas atribuciones constitucionales (decreto 214/02), pues la nota distintiva de ese tipo de disposiciones es su contenido legislativo, y una vez que ha mediado la ratificación por parte del Congreso Nacional, el efecto de ésta es el de otorgar al decreto el carácter y la fuerza propia de la ley (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, confirmó la decisión que descartó el planteo de inconstitucionalidad del

decreto n° 410/02, hizo lugar a la revisión de la moneda en que fue declarada admisible la acreencia del incidentista –HSBC Bank Argentina S.A.– y la verificó en U\$S 2.769.263,68 por estimar la operatoria –financiación de importaciones– enmarcada en el precepto referido y en la circular del BCRA “A” n° 3507. Para así decidir, expresó, en suma, que el decreto n° 410/02 exceptúa razonablemente de la “pesificación” a las operaciones de financiación de importaciones concretadas por entidades financieras, atendiendo a la substancia económica –y riesgo– de la relación jurídica contenida en las negociaciones del comercio exterior. Añadió a ello que no se acreditan vulnerados –en forma discriminatoria, confiscatoria y retroactiva– derechos adquiridos de la interesada y que resulta extemporáneo el planteo referente a la “teoría del esfuerzo compartido” (fs. 671/675 y 727/732).

Contra dicha decisión la concursada dedujo recurso extraordinario, que fue contestado por la entidad bancaria y la sindicatura y concedido (cf. fs. 741/757, 764/774, 775 y 777).

– II –

La impugnante, en resumen, arguye un asunto federal estricto, fundado en reglas de la ley n° 25.561 y los decretos n° 214/02 y 410/02 y comunicaciones del BCRA, otro de sentencia arbitraria, y la afectación de principios y garantías de los artículos 16 a 18 y 31 de la Constitución Nacional.

Denuncia, en concreto, que se sustentó genérica y dogmáticamente lo decidido y se pretirió que la entidad bancaria es una sociedad local que resultó compensada por el Estado Nacional, bonos mediante, con el fin de morigerar el impacto de la pesificación de los créditos en moneda extranjera.

Manifiesta, también, que las Comunicaciones BCRA “A” n° 3473, 3507 y 3561 y el decreto n° 410/02 contrarían las disposiciones de la ley n° 25.561 y del decreto n° 214/02 relativas a la pesificación de las obligaciones en dólares estadounidenses vinculadas al sistema financiero –y, con ello, los artículos 16 y 31 de la Carta Fundamental– consagrando una irrazonable “pesificación asimétrica” en desmedro de los derechos de los importadores; sin que obste a ello la previsión del artículo 1, inciso a), del decreto n° 410/02, modificado por el n° 53/03 pues, a la fecha de la insinuación, el Banco Central de la República Argentina

no había reglamentado tal precepto; ni la del artículo 1, inciso I), del citado dispositivo, derogada por el decreto n° 70/03.

Refiere irrazonable la obligación de pago en la moneda de origen a una entidad bancaria local, sometida a similares vicisitudes legislativas que la firma importadora, máxime, considerando que los bancos cuentan con información financiera privilegiada y que, por esa vía, se carga el álea cambiario y empresarial de tales entidades a la parte más débil e inexperta de la relación.

Hace hincapié en que no se trata de una operación concertada bajo el imperio de una ley extranjera o con un acreedor de otro país; en que se afectan los principios de irretroactividad legal y *pars conditio creditorum*; en que pronunciamientos como el de la *a quo* empujaron a la empresa al concurso; en que se omitió ponderar la lesión apuntada a las garantías de los 16 y 31 de la Carta Magna; y en que se dio a los bancos un trato privilegiado en punto a la compensación por las consecuencias dañosas de la pesificación en desmedro de los particulares.

En otro orden, dice que se omitieron pruebas conducentes; verbi-gracia, que la concursada pagó dólares estadounidenses a la entidad bancaria local, a la vez que no logró colocar los productos en el mercado a precios internacionales; que se registró un fuerte descenso en la comercialización de bienes importados; y que se “pesificaron” sus acreencias fiscales y por ventas realizadas.

Critica, por último, que se haya descartado la aplicación de la teoría del esfuerzo compartido, desarrollada jurisprudencialmente durante la tramitación del incidente, novedosa para el ordenamiento jurídico e invocada por la concursada en subsidio del planteo pesificador aunque en su ámbito y, según la recurrente, aplicable aun de oficio con arreglo a jurisprudencia de V.E. (fs. 741/757).

– III –

Previo a todo incumbe señalar que, como lo anota el juez de mérito, no se controvierte la índole de la acreencia, resumible en las tres líneas de crédito concedidas por la entidad bancaria a la concursada, en dólares estadounidenses, para la importación de automóviles, efectivamente habilitadas a fines de 2001 y pagaderas en los meses de febrero, marzo y abril de 2002, respectivamente (cf. fs. 251/255, 359/367, 379/380,

391/393, 403/404, 408/409, 426/428, 502/504, 672; etc.). Tal acreencia, como tampoco se controvierte, impaga por el importador, resultó alcanzada ulteriormente por el artículo 1º, inciso a), del decreto n° 410/02 –ratificado por art. 64, ley n° 25.967– y restantes normas dictadas en su consecuencia (en especial, comunicaciones del B.C.R.A.).

Sólo a fojas 749, retomando planteos anteriores de fojas 268vta. y 361 vta., la concursada sostiene, dogmáticamente, la aplicación al caso del artículo 1º, inciso I), del decreto n° 410/02, en el texto del decreto n° 53/03; supuesto comprendido, finalmente, en el referido artículo 1º, inciso a), del precepto (v. S.C. F. n° 541, L. XLIII; “First Rate S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Banca Nazionale del Lavoro SA”, dictamen del 02/07/08; en especial, ítem III, párr. 7º) y derogado, luego, por el artículo 1º del decreto n° 70/03 (v. contestación del incidentista, fs. 769 y vta.).

Sentado ello, entiendo que el recurso es formalmente admisible pues se encuentra en debate la validez y aplicación de reglas federales y la decisión ha sido contraria a las pretensiones del apelante. En ese plano, compete recordar que, como tiene dicho V.E., en la tarea de esclarecer la inteligencia de este tipo de normas no se halla limitada por las posiciones de las partes ni del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 326:3038; entre otros). Al ser invocadas, por los demás, causales de arbitrariedad ligadas, mayormente, a los extremos federales debatidos, se impone su estudio conjunto (Fallos: 324:4307, etc.).

– IV –

Explicitado lo anterior, estimo que la presente causa guarda sustancial analogía con las dictaminadas en autos S.C. C. n° 357, L. XLI; “Celind de Graetz R. y Kann C. S.H. c/ H.S.B.C. Bank Arg. S.A. s/ amparo”; S.C. V. n° 112, L. XL; “Voloschin, Luis c/ PEN s/ amparo”, ambas de fecha 21/07/06; S.C. F. n° 611, L. XLIII; “First Rate S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por el HSBC Bank Argentina S.A.”, del 2/07/08; y S.C. T. n° 650, L. XL; “Treviplast S.A. c/ PEN - ley n° 25.561, decretos n° 1570/01 y 214/02 s/ amparo”, del 25/04/07, fallado –remisión mediante– por V.E. el 02/12/08; entre varios otros, a cuyos términos y consideraciones corresponde estar, en todo lo pertinente, por razones de brevedad.

Lo precedente es así, singularmente en lo que se refiere a los agravios tocantes a la constitucionalidad e irretroactividad de lo legislado; sin perjuicio de resaltar que, además de constituir la crítica, en gran medida, reiteración de argumentos ya tratados por los jueces del caso (Fallos: 326:1323, etc.), se controvierte mediante ella, más que la regularidad constitucional de la preceptiva, el criterio reglamentario plasmado en ella, asunto extraño a la autoridad de los tribunales (doctrina de Fallos: 321:663; 322:3008; 323:1825; 328:690; entre otros).

En ese plano, se agrega a lo dicho que tampoco se advierte la omisión de extremos probatorios, particularmente, en lo referido a la desvalorización venal sufrida por los vehículos que la firma comercializa, abordados con especial alusión al alea empresarial (cf. fs. 674/675 y 728), ni un trato irrazonable en lo concerniente a la supuesta alteración del principio *pars conditio creditorum* y la garantía de la igualdad, apreciado por los tribunales de la causa en línea, por lo demás, con lo expuesto por este Ministerio Público en los autos S.C. C. 16, L. XLIV; “Centro de Distribuzione Eurolatino SRL c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A.”, parecer del 10/12/08, al que igualmente incumbe estar, en lo pertinente, *brevitatis causae* (cf. fs. 673/674 y 730vta./731).

Sin perjuicio de lo anotado hasta aquí, lo referente a la admisión de los recursos ordinarios y a su alcance constituye un aspecto procesal reservado a los jueces del caso, frente al que la tacha de arbitrariedad es particularmente restringida, a lo que se añade que la empresa reconoció la tardía invocación por su parte de la llamada “teoría del esfuerzo compartido”.

– V –

Por lo expresado, estimo que corresponde declarar admisible el recurso y confirmar la sentencia. Buenos Aires, 12 de mayo de 2009.
Marta A. Beiró de Gonçalvez.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Alfacar S.A. s/ concurso preventivo – incidente de revisión por H.S.B.C. Bank Argentina”.

Considerando:

1º) Que en cuanto a los antecedentes del caso, a la descripción y alcance de los agravios planteados por la concursada, y a la admisibilidad del recurso extraordinario, corresponde dar por reproducidos los puntos I a III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2º) Que las cuestiones debatidas en esta causa guardan sustancial analogía con las examinadas y decididas por el Tribunal en la causa C.357.XLI “Celind de Graetz R. y Kann C.S.H. c/ H.S.B.C. Bank Argentina S.A. s/ amparo”, sentencia del 23 de marzo de 2010, a cuyas consideraciones y conclusión corresponde remitir por razones de brevedad.

3º) Que la dogmática y genérica alegación de inconstitucionalidad no basta para fundar la pretensión de que esta Corte resuelva con prescindencia de un acto público como lo es el decreto 410/2002, puesto que se halla desprovista de la rigurosa carga argumentativa y justificatoria que exige la clásica doctrina del Tribunal con arreglo a la cual el impugnante debe realizar una “demostración concluyente” de la discordancia “substancial” de la norma impugnada con respecto de la Constitución Nacional (Fallos: 100:318).

En efecto, el recurrente sólo exhibe un discurso subjetivo para sostener los agravios relacionados con el principio de igualdad y con la posible inconsistencia entre el decreto impugnado y la ley de emergencia 25.561, limitándose a reproducir mecánicamente la postura sostenida desde su presentación inicial. Con ese modo de alegar, ha dejado incólume el decisivo argumento en que hace pie la sentencia del tribunal *a quo* (fs. 729 vta./730), en cuanto a que el decreto 410/2002 fue dictado en uso de las atribuciones que la ley 25.561 delegó en el Poder Ejecutivo, y que el Presidente utilizó tanto para establecer la regla general de la pesificación prescripta en el artículo 1º del decreto 214/2002, que la actora invoca en favor de su reclamo, cuanto para contemplar las excepciones a dicha regla como las que establece, para situaciones como la ventilada en el *sub lite*, el mencionado decreto 410/2002.

De otro lado, las genéricas afirmaciones efectuadas por la concursada respecto de la afectación de la igualdad nada dicen en contra de la constitucionalidad de la norma que establece la excepción que alcanza a la recurrente. Si bien ellas pueden traducir, en el mejor de los casos,

un juicio sobre la conveniencia de que las soluciones reglamentarias se ajusten al criterio que propicia, es sabido que una crítica de este tipo no es fundamento suficiente para un planteo de inconstitucionalidad. Cabe recordar que quien alegase una violación del principio de igualdad, no encontrándose en juego ninguno de los criterios de clasificación específicamente prohibidos por la Constitución, deberá demostrar que las distinciones adoptadas en el texto normativo carecen de toda razonabilidad en relación con los fines que persigue la norma, carga que dista de haberse cumplido en el caso de autos, en especial si se advierte que el punto fue examinado en el precedente “Celind de Graetz”.

4º) Que finalmente, con respecto a la arbitrariedad que el recurrente le endilga a la sentencia con fundamento en la falta de ponderación de ciertas pruebas que demostrarían la injusticia de lo resuelto en el caso, en que la decisión afectó el principio del “*par conditio creditorum*” y en el hecho de que el tribunal *a quo* no admitió la teoría del esfuerzo compartido por tratarse de un argumento que no fue propuesto ante el juez de grado, el recurso extraordinario es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario con el alcance señalado en los considerandos y se confirma la sentencia. Las costas se imponen por su orden en razón de lo novedoso de la cuestión debatida. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que esta Corte comparte lo expresado en los apartados I a III, inclusive, del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyo contenido corresponde remitir con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2º) Que las cuestiones debatidas en esta causa guardan sustancial analogía con las examinadas por el Tribunal en la fecha al fallar el caso C.357.XLI “Celind de Graetz R. y Kann C.S.H. c/H.S.B.C. Bank Argentina S.A. s/ amparo”, sentencia del 23 de marzo de 2010, oportunidad en la que esta Corte descartó los planteos de inconstitucionalidad formulados respecto del decreto 410/02 –y las normas reglamentarias de éste dictadas por el Banco Central– que habían sido sustentados en la vulneración del derecho de propiedad, del principio de igualdad ante la ley, y el de la irretroactividad de la ley (arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional).

3º) Que, en lo que a la solución del *sub examine* concierne, corresponde recordar que –según se señaló en aquel fallo– la exclusión que consagra el art. 1º, inciso a), del decreto 410/02, respecto del régimen genérico de conversión establecido por el decreto 214/02 (arts. 1º y 3º), obedece a las características propias de la relación jurídica que une a las partes, originada en la financiación de una operación de naturaleza internacional vinculada con el comercio exterior, que debió ser concertada en dólares estadounidenses y cancelada por el banco interviniente –por cuenta y orden del importador– en la moneda pactada, razón que justifica un tratamiento diferenciado respecto de otra clase de financiaciones (ver apartado IV del dictamen de la Procuración General al que remitió el Tribunal en el citado caso “Celind de Graetz R. y Kann C.S.H. c/ H.S.B.C. Bank Argentina S.A. s/ amparo”).

En consecuencia, no puede hallarse en ello una afectación del principio sentado en el art. 16 de la Constitución Nacional, pues como reiteradas veces se ha sostenido, la igualdad establecida en aquella cláusula no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 322:2701 y 329:2986). En efecto, nada obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, sin que competa a los jueces el examen de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias (Fallos: 321:1252; 325:98). En definitiva, la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional entrega a la prudencia y sabiduría del legislador una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación (Fallos: 313:410), en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o en un indebido privilegio personal o de grupo (doctrina

de Fallos: 305:823; 306:1844; 307:582; 315:839; 322:2346; 326:3142; 328:690; 329:304, entre muchos otros).

4º) Que tampoco puede ser admitida la impugnación constitucional que el apelante efectúa en relación al decreto 410/02 y a las Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina “A” 3473, “A” 3507 y “A” 3561, con sustento en el artículo 31 de la Constitución Nacional, pues aquella carece de la rigurosidad exigida por el Tribunal para los supuestos en los que se controvierte la compatibilidad de una norma con el ordenamiento constitucional.

En efecto, el recurrente apoya su petición en el hecho de que la ley 25.561 (art. 6º) delineó una política de emergencia consistente en la conversión a pesos de todas las deudas vinculadas con el sistema financiero, a razón de un peso por cada dólar estadounidense, que fue plasmada con el dictado del decreto 214/02 (arts. 1º y 3º). En consecuencia, aduce que ninguna deuda de aquella clase podía ser excluida de la pesificación, como lo hizo el decreto 410/02, pues se trata de una norma de rango inferior a la ley que debe ajustarse a la letra y el espíritu de aquella. Por otra parte, sostiene que si bien el decreto 214/02, facultó al Ministerio de Economía y al Banco Central de la República Argentina a “...dictar normas reglamentarias, complementarias, interpretativas y aclaratorias...” (art. 17), éstas no podrían establecer excepciones al régimen general de pesificación porque, en caso de hacerlo, se hallarían en contradicción con preceptos de jerarquía superior.

Sin embargo, el razonamiento del apelante omite considerar un dato de vital importancia, esto es, que el decreto 410/02 –que excluyó a ciertas operaciones de la conversión a pesos establecida en el artículo 1º del decreto 214/02–, no es una norma reglamentaria de la ley 25.561, sino que –según resulta de sus considerandos– fue dictada en virtud de las atribuciones excepcionales conferidas al Poder Ejecutivo Nacional por el art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, y obtuvo la expresa ratificación del Congreso de la Nación (ver considerandos del decreto 410/02, en especial, párrafo 13 y, art. 64, de la ley 25.967).

En tales condiciones, y puesto que no se ha cuestionado en autos el cumplimiento de los recaudos constitucionales para el dictado de aquella clase de normas por parte del Poder Ejecutivo Nacional, si el recurrente pretendía impugnar la constitucionalidad del decreto 410/02 con sustento en que contradecía lo establecido en una norma de jerarquía superior, debió exponer ante el Tribunal cuál sería la razón para

sostener que la norma cuestionada no podía establecer una exclusión no contenida en una ley anterior (la ley 25.561), o más precisamente, en otro decreto dictado con anterioridad en el ejercicio de idénticas atribuciones constitucionales (decreto 214/02), pues la nota distintiva de ese tipo de disposiciones es su contenido legislativo, y una vez que ha mediado la ratificación por parte del Congreso Nacional, el efecto de ésta es el de otorgar al decreto el carácter y la fuerza propia de la ley.

Del mismo modo, si se pretendiese sostener que el dictado del decreto 410/02 obedeció al ejercicio de facultades delegadas, no bastaría con alegar –como lo hace el apelante– que el decreto 410/02 vulneró el art. 31 de la Constitución Nacional al apartarse de las previsiones de la ley 25.561, pues debió ser ponderado el hecho de que la mencionada ratificación del legislador indicaría la existencia de una adecuación de los contenidos de la norma reglamentaria con aquello que ha sido objeto de la delegación.

Aunque con lo indicado se desvanece por completo la mencionada violación al ordenamiento constitucional, cabe aclarar que si por hipótesis se siguiese el razonamiento del apelante, debido a que –según se señaló en el considerando anterior– la exclusión de las financiaciões vinculadas al comercio exterior otorgadas por las entidades financieras, del régimen general de pesificación, no obedeció a una arbitraria o irrazonable distinción sino a las características peculiares de ese tipo de negocios, esa previsión tampoco podría ser interpretada como opuesta a los fines y el sentido del esquema general ideado por el legislador.

5º) Que lo expresado precedentemente con relación al decreto 410/02, descarta también la pretendida inconstitucionalidad de las comunicaciones dictadas en consecuencia por el Banco Central, organismo que, por otra parte, –como lo reconoce el apelante– había sido expresamente facultado para el dictado de normas reglamentarias, complementarias, interpretativas o aclaratorias (ver art. 17, del decreto 214/02, y lo dispuesto por el art. 10, del decreto 410/02, en cuanto a su vigencia).

6º) Que, asimismo, resulta inadmisibile la dogmática afirmación que el apelante efectúa en el sentido de que las obligaciones discutidas en autos habrían quedado “nuevamente pesificadas...” a partir de la derogación dispuesta por el decreto 70/03 (fs. 749), pues aquél no explica –ni siquiera someramente– cuál sería la concreta incidencia del dictado de esa norma con relación a los hechos de esta causa. En

efecto, dicha falencia es decisiva, pues si bien el decreto citado derogó los supuestos de exclusión de la pesificación contenidos en los incisos h y l, del art. 1º, del decreto 410/02 –en la redacción dada por el decreto 53/03–, mantuvo sin alteración alguna el que rige el *sub examine*, esto es, la previsión contenida en el inciso a, del mismo artículo, referente a “...las financiaciones vinculadas al comercio exterior otorgadas por las entidades financieras...”.

7º) Que, finalmente, con respecto a la arbitrariedad que el recurrente le endilga a la sentencia con fundamento en la falta de ponderación de ciertas pruebas que demostrarían la injusticia de lo resuelto en el caso; en que la decisión afectó el principio “*par conditio creditorum*”, y en el hecho de que el *a quo*, no admitió la aplicación de la teoría del esfuerzo compartido por tratarse de un argumento que no fue propuesto ante el juez de grado, el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Las costas se imponen por su orden en razón de lo novedoso de la cuestión debatida. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Alfacar S.A. representada por el Dr. Alejandro Figueiras**, con el patrocinio de los Dres. **Raúl Daniel Aguirre Saravia, y Diego M. Lennon.**

Traslado contestado por **HSBC BANK ARGENTINA S.A.**, representado por el Dr. **Hernán D. Papa.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A.**
Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Comercial N° 8, Secretaría n° 16.**

ALSOGARAY, ALVARO ADOLFO c/ EDITORIAL LA PAGINA S.A.
s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

LIBERTAD DE EXPRESION.

Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida contra una editorial, a raíz de la lesión al honor que le habría

provocado al actor una noticia difundida, que lo identificaba como una persona detenida por la Policía Federal, acusado de la comisión de un delito, pues tanto la entidad de la fuente de origen como la de la agencia de noticias encargada de reproducir aquella, fueron aptas para justificar la creencia del demandado acerca de la veracidad de la información, y la atribución sincera y de buena fe de la noticia a una fuente, unida a la posterior rectificación en la que se expresa que el hermano del actor era la persona involucrada en la causa, constituyen circunstancias suficientes para eximir de responsabilidad al demandado.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LIBERTAD DE PRENSA.

Cuando se cita la fuente, quien difunde la noticia no se hace cargo de su veracidad, no la hace propia, ni le agrega fuerza de convicción, pues de otro modo, se vería seriamente afectado el ejercicio del derecho garantizado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 411/415, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala “F”) confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por Alvaro Adolfo Alsogaray contra Editorial La Página S.A., a raíz de la lesión a su honor que le habría provocado una noticia difundida por la demandada el 7 de julio del 2004. Allí, se había identificado al actor como la persona detenida por la Policía Federal, acusada de la comisión del delito de amenazas, cuando en realidad había sido su hermano, Gonzalo Alsogaray, el involucrado en el hecho informado.

Para así decidir, los magistrados sostuvieron que la noticia fue propalada sin haberse adoptado las medidas adecuadas ante una información que podía tener entidad difamatoria, lo que implica un comportamiento culpable por parte de la demandada. Agregaron que, de haber actuado con el cuidado y la diligencia exigibles en casos como el presente, sin mayor dificultad aquella habría podido obtener la verdadera identidad de la persona detenida.

Sostuvieron que no resulta aplicable al caso la doctrina “Campillay”, toda vez que la noticia no está formulada en términos potenciales o no asertivos, ni mantiene la reserva del nombre de la persona acusada del delito sino que la identifica con él. Además, consideraron que la publicación alude a una consulta en la “Dirección de Prensa de la Federal”, que no resulta suficiente para cumplir con la exigencia de que se cite la fuente de la información, pues no se probó debidamente cuál habría sido la información brindada por la dependencia de la Policía Federal a la que se remiten.

Tampoco consideraron aplicable el estándar de la “real malicia”, pues el actor no puede ser calificado como una “personalidad pública”, en cuyo caso bastó que la demandada actuara con simple “negligencia precipitada” para comprometer su responsabilidad al difundir la noticia errónea.

– II –

Contra este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 418/431, que fue concedido a fs. 441.

En lo sustancial, aduce que la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada de los hechos de la causa y afecta la garantía de libertad de prensa, el derecho a la información y al debido proceso, ya que realiza una interpretación errónea de lo que constituyen fuentes periodísticas.

Agrega que los magistrados han dictado la sentencia sin aplicar la ley y la jurisprudencia específica al caso, como lo es la doctrina “Campillay”.

Afirma que el diario Página/12 dio a conocer un hecho informado por la Dirección de Prensa de la Policía Federal y por la agencia TELAM, por lo cual si el actor no resultó ser la persona detenida, ello debía atribuirse a una circunstancia ajena a la noticia cuestionada y, por ende, a la responsabilidad del medio de prensa.

Alega que la publicación aludió a una fuente pública como es la Dirección de Prensa de la Federal” y que ella fue la que utilizó para “chequear” la noticia originada en un cable de la agencia TELAM, cumpliendo el estándar judicial sentado en la causa “Campillay”.

A su vez, sostiene que la sentencia omite encuadrar la cuestión en el marco de la doctrina de la “real malicia” elaborada por la Corte, a pesar de que el demandante no demostró que los responsables de la noticia difundida hayan actuado en forma dolosa, es decir, que la publicación haya sido hecha con conocimiento pleno de la falsedad de lo publicado o con una marcada despreocupación (culpa grave inexcusable), que se trasluzca en un temerario desprecio por la obtención de la verdad.

– III –

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible, en tanto existe cuestión federal en los términos del inc. 3º del art. 14, ya que si bien el reclamo del actor se refiere a un supuesto de responsabilidad civil, la alzada decidió en forma contraria a las pretensiones de la demandada fundadas en las previsiones constitucionales sobre las que se asientan las doctrinas de la Corte sobre la “real malicia” y en la causa “Campillay” (cf. doctrina de Fallos: 327:3560).

En lo concerniente a las causales de arbitrariedad invocadas, estimo que se vinculan de modo inescindible con los temas federales en discusión y, por lo tanto, deben ser examinados en forma conjunta (doctrina de Fallos: 308:1076; 322:3154; 323:1625; 329:1631, entre muchos otros).

– IV –

La publicación del medio demandado tuvo por finalidad informar la detención de un “nieto de Alvaro Alsogaray, por amenazar a Bonasso”, identificando al autor del hecho como aquel “que se llama igual que su abuelo y que su padre –le dicen Alvarito–” (fs. 8).

En este caso, el actor se agravia porque se lo involucró erróneamente en un hecho delictivo, al identificarlo por su nombre como la persona que había sido detenida por la Policía Federal acusada de haber cometido el delito de amenazas, cuando en realidad era su hermano, Gonzalo Alsogaray, la persona en cuestión.

Con relación al derecho a la libertad de expresión –que el apelante sostiene que fue desconocido en el *sub lite*– V.E. ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que tiene en un régimen republicano. En

este sentido ha dicho desde antiguo que “...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal...” (Fallos: 248:291 y 332:2559).

Por otra parte, cabe recordar que la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa y, por tanto, la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales (Fallos: 311:2553).

Asimismo, ha señalado que debe distinguirse dentro del ámbito de la información inexacta a la que debe calificarse como falsa de la que pueda considerarse errónea. La información falsa genera, en principio, responsabilidad civil y penal, según el bien jurídico afectado. La información errónea, en cambio, no origina responsabilidad civil por los perjuicios causados si el medio periodístico ha utilizado todos los cuidados, atención y diligencia para evitarlos (Fallos: 325:50).

En consecuencia, corresponde examinar las circunstancias del caso y los planteos realizados a la luz de las doctrinas del Tribunal vinculadas con los derechos a la libertad de prensa y al honor de las personas, a fin de determinar si existe responsabilidad derivada de las publicaciones.

Para ello es menester determinar, ante todo, si concurren en la especie los requisitos del citado caso “Campillay” (Fallos: 308:789).

En el referido precedente, la Corte sostuvo que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas –aun admitida la imposibilidad práctica de verificar su exactitud– imponía propalar la información ya sea atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un verbo potencial o bien dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho.

Con relación al primer recaudo, la Corte ha expresado que el medio periodístico se exime de responsabilidad cuando atribuye sinceramente la noticia a una fuente, dado que aquélla dejaría de serle propia,

pues cuando se adopta esta modalidad se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio por el cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. Los afectados por la información resultan beneficiados, de este modo, en la medida en que sus eventuales reclamos –si ellos se creyeran con derecho– podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión (Fallos: 316:2394 y 2416; 327:3560). En orden al cumplimiento de esta pauta, y con arreglo a la finalidad señalada, se ha destacado que la información debe atribuirse a una fuente identificable (Fallos: 319:2965).

A la luz de tal doctrina, se advierte en autos que la Dirección de Prensa de la Policía Federal –ante una consulta de Página/12– fue señalada como fuente de la que provino la noticia en cuestión (fs. 8), origen que se corresponde con el que indicó el cable de la agencia TELAM de fs. 95. Esta coincidencia fortalece el argumento del apelante en el sentido de que la atribución de la noticia a dicha fuente fue sincera, circunstancia que no se ve modificada, a mi modo de ver, por el hecho de que no se haya citado al cable de dicha agencia en el texto difundido, ni se haya probado en esta causa que la información sobre los extremos publicados fuera brindada por la mencionada Dirección, lo que no obsta a considerarla como fuente identificable y no “una referencia genérica e incierta que no permite reconocer al emisor original de la noticia” (Fallos: 324:2419; 326:4285).

En este contexto, parece evidente que cuando se cita la fuente, quien difunde la noticia no se hace cargo de su veracidad, no la hace propia, ni le agrega fuerza de convicción. De otro modo, se vería seriamente afectado el ejercicio del derecho garantizado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional. En atención a ello, entiendo que el artículo reprochado en el *sub lite*, no aparece como la difusión de una noticia originada en el medio demandado sino en el cable de la agencia TELAM y, particularmente, en el organismo a cuyo cargo se encontraba la investigación y los diversos procedimientos llevados a cabo en su consecuencia, de los que dan cuenta las notas publicadas el 7 y el 8 de julio de 2004 (fs. 93 y 94, respectivamente).

Es menester, además, reparar en otras dos circunstancias. En primer lugar, ambos coinciden en el error de citar a “Alvarito” como la persona detenida: el medio demandado en su publicación del 7 de

julio de 2004 y la agencia TELAM en su cable del 4 de julio, enviado a la editorial el 6 de julio del mismo año (fs. 93 y 95, respectivamente). Luego, también corresponde advertir que el propio medio demandado se encargó de rectificar los hechos informados en su nota del 8 de julio de 2004 (fs. 94). De allí que, en mi parecer, resultan particularmente incompatibles con los principios constitucionales en materia de libertad de expresión las afirmaciones del tribunal apelado concernientes a la falta de diligencia del medio periodístico en averiguar la exactitud de la noticia, pues prescinde de considerar las circunstancias señaladas que dan cuenta de la buena fe con la cual se actuó respecto de la información.

En efecto, al atribuir a la demandada un comportamiento culpable el fallo de la cámara desatendió la consideración de hechos de los que resultaban indicios serios en sustento de la conclusión contraria. Ello es así, toda vez que en autos era relevante ponderar la diligencia que guió la conducta del autor de la nota, quien –tal como surge de las declaraciones testimoniales– al recibir la información provista por TELAM no se limitó a reproducirla sino, antes bien, acudió a la referida dirección policial con el objeto de corroborar su veracidad y profundizarla (fs. 211 y ss.). Verificada la información, citó la fuente originaria; luego, la omisión de alusión expresa al cable de la citada agencia habría respondido a reglas de estilo propias del ámbito del periodismo gráfico, por las que suele evitarse ese tipo de referencias (fs. 216).

Finalmente, tanto la entidad de la fuente de origen como la de la agencia TELAM encargada de reproducir la noticia, fueron aptas para justificar la creencia del demandado acerca de la veracidad de la información. Estimo, en consecuencia, que la atribución sincera y de buena fe de la noticia a una fuente, unida a la posterior rectificación en la que se expresa que el hermano del actor era la persona involucrada en la causa, constituyen circunstancias suficientes para eximir de responsabilidad al demandado, a la luz de la citada doctrina del Tribunal.

Las consideraciones que anteceden hacen innecesario el tratamiento de los demás agravios expuestos en el escrito recursivo.

– V –

Por todo ello, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y disponer que vuelvan los actuados al tribunal de

origen para que, por quien corresponde, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 11 de mayo de 2011. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Alsogaray, Alvaro Adolfo c/ Editorial La Página S.A. s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador General, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por aquél, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la decisión apelada, con los alcances indicados en el dictamen. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Editorial La Página S.A.**, representada por el Dr. **Carlos N. Prim**.

Traslado contestado por **Alvaro A. Alsogaray**, representado por el Dr. **Francisco C. Alsogaray**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 90**.

MELO, LEOPOLDO FELIPE Y OTROS C/ MAJUL, LUIS MIGUEL
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS*LIBERTAD DE PRENSA.*

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por los hijos y la madre de uno de los socios fundadores de un diario –quien falleciera al poco tiempo de la venta del mismo– contra un periodista por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido con motivo de un libro de su autoría, en el que se aludió al suicidio de aquél, pues la alzada se limitó a afirmar de un modo dogmático que la doctrina de la “real malicia” se aplicaba a la prensa escrita, oral, televisiva, etc. pero no a los libros, porque en estos el autor cuenta con tiempo y elementos suficientes para meditar y revisar lo que escribe, interpretación ésta que no condice con la amplitud de la teoría receptada por el Tribunal, que al aludir a la “real malicia” se refiere a datos no veraces propalados por la prensa escrita, oral o televisiva, sin establecer salvedad alguna.

LIBERTAD DE PRENSA.

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por los hijos y la madre de uno de los socios fundadores de un diario –quien falleciera al poco tiempo de la venta del mismo–, contra un periodista por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido con motivo de un libro de su autoría, en el que se aludió al suicidio de aquél, pues el *a quo* ha soslayado el examen constitucional que el caso exigía y que fue invocado por el autor del libro durante todo el pleito con el objeto de demostrar que la afirmación errónea publicada merecía inmunidad de conformidad con los términos de la doctrina de la real malicia y, en consecuencia, la alzada ha tomado una decisión sin atender a las pautas que la Corte ha determinado al interpretar la libertad de expresión y prensa establecida en el art. 14 de la Constitución Nacional.

LIBERTAD DE PRENSA.

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por los hijos y la madre de uno de los socios fundadores de un diario –quien falleciera al poco tiempo de la venta del mismo– contra un periodista por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido con motivo de un libro de su autoría, en el que se aludió al suicidio de aquél, dado que asiste razón al demandado en cuanto sostiene que la información publicada sobre el fallecimiento tuvo relación con la investigación acerca de la creación, fundación y crecimiento del diario como un medio gráfico de comunicación social de reconocida circulación, tiraje y alcance nacional, circunstancia que basta para concluir que lo informado por el periodista en su libro presenta un interés público o general y que el relato de la forma en que falleciera aquél resulta conducente para describir la forma cómo se habría originado uno de los diarios de mayor difusión nacional (Voto de la jueza Highton de Nolasco).

PERIODISMO.

No es el factor “tiempo” con que cuenta el periodista al publicar un libro la premisa a considerar para determinar si se aplica la doctrina de la real malicia, sino si quien difundió la información conoció la falsedad de ésta al momento de publicarla o si obró con notorio desinterés acerca de si lo que publicaba era veraz o no (Voto de la jueza Highton de Nolasco).

LIBERTAD DE PRENSA.

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por los hijos y la madre de uno de los socios fundadores de un diario –quien falleciera al poco tiempo de la venta del mismo– contra un periodista por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido con motivo de un libro de su autoría, en el que se aludió al suicidio de aquél, pues aun cuando se admitiera que el contexto informativo presentaba un interés público o general –el demandado sostuvo que la información sobre el fallecimiento tenía relación con la investigación acerca de la creación, fundación y crecimiento de un diario de reconocida circulación, tiraje y alcance nacional– no se advierte cuál es la conexión que el supuesto suicidio pudo tener con dicho escenario, tornándose innecesario determinar si la doctrina de la real malicia es aplicable o no, cuando la información falsa aparece publicada en un libro (Disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni).

LIBERTAD DE PRENSA.

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por los hijos y la madre de uno de los socios fundadores de un diario –quien falleciera al poco tiempo de la venta del mismo– contra un periodista por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido con motivo de un libro de su autoría, en el que se aludió al suicidio de aquél, pues se examinan los efectos que sobre la vida privada y los sentimientos de los actores tuvo la falsa noticia acerca del fallecimiento, claramente desvinculada de un asunto de interés público o general, para cuya reparación es suficiente la prueba de que el periodista demandado ha obrado con “simple culpa”, lo cual ha quedado demostrado, sin que el recurrente haya logrado refutar los sólidos fundamentos desarrollados por la alzada en dicho punto (Disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala “I”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto admitió parcial-

mente la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por el demandado y desestimó la defensa de prescripción, revocándola, en cambio, respecto del rechazo de la demanda incoada por los actores (v. fs. 433/440 vta.).

Se trata en autos de una acción interpuesta por los hijos y por la madre de Leopoldo Jorge Melo o Posse Melo, contra Luis Majul, por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido con motivo de que en el libro de su autoría, titulado “Los nuevos ricos de la Argentina - Tiburones al acecho”, en la parte dedicada al periodista Julio Ramos y al diario Ambito Financiero, en el contexto de cuestiones relacionadas con la composición del capital del diario y sus transferencias entre quienes lo conformaron, se incluye el siguiente párrafo: “*El cuarto fue Posse Melo. Posse entró en un cuadro depresivo al tiempo de haber sido convencido por Ramos de que lo mejor era venderle su parte a un precio módico. Más adelante se suicidó*”.

– II –

Contra el citado pronunciamiento, el demandado interpuso el recurso extraordinario de fs. 444/494 vta., cuya denegatoria de fs. 501, motiva la presente queja.

Sostiene, en primer lugar, que el régimen legal no permite accionar a los familiares de una persona fallecida con motivo de una supuesta afectación al honor del difunto, y reprocha que el juzgador ha creado por vía jurisprudencial una acción legalmente no prevista a fin de posibilitar este reclamo. Invoca la violación de disposiciones de la Carta Fundamental y tratados de jerarquía constitucional, que prohíben la creación de una restricción a la libertad de expresión por vías distintas al dictado de una ley por el Congreso de la Nación.

Con sustento en el segundo párrafo del artículo 1078 del Código Civil, en cuanto dispone que “...*La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo...*” puntualiza que éste, eventualmente, habría sido el ya fallecido Posse Melo, mientras que los actores podrían considerarse, en el mejor de los casos, como damnificados indirectos.

Expresa que también carecen de acción por violación al derecho a la intimidad, pues este derecho, se refiere a la propia vida privada, y por cercana que resulte una tercera persona en los sentimientos o en

el parentesco, el espacio de la intimidad no se confunde entre una y otra persona. Agrega que la afirmación de los actores en el sentido de que lo publicado es falso, es incompatible con todo reclamo al derecho a la intimidad, que requiere que los hechos dados a publicidad sean ciertos.

Afirma que la sentencia debe ser dejada sin efecto porque se aparta del ordenamiento jurídico vigente, contradice lo dispuesto por normas constitucionales (arts. 14 y 28 de la C.N.) y por tratados internacionales (arts. 13 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y porque la confirmación de la sentencia impugnada generaría responsabilidad internacional para el Estado Argentino por las razones antes señaladas.

Alega, sobre la base de lo expuesto, que si el legislador se ha expedido con claridad y sin rodeos sobre la cuestión, el juez no puede apartarse de la solución legal, bajo riesgo de sustituir el criterio de aquél por el suyo propio.

Con respecto a la doctrina de la real malicia, critica que el sentenciador haya entendido que no resulta aplicable a las expresiones incluidas en libros, y asevera que la Cámara se apartó de los precedentes de la Corte Suprema sobre la materia. La esencia de la doctrina –sostiene– es evitar la autocensura de los participantes del debate público, ya que, dado que ninguna empresa humana está libre de error, siempre existirá la posibilidad de que se dé por cierta alguna información errada.

Frente a la argumentación del sentenciador en orden a que Leopoldo Jorge Melo no puede ser tenido como persona pública para la utilización de esta doctrina, replica que, en tanto periodista y fundador de un medio masivo de comunicación de alcance nacional y de notoria influencia sobre la marcha económica y financiera del país, fue indudablemente una figura pública y, por lo tanto, se hallaba expuesto a que se publicaran informaciones erróneas sobre su persona. Alega que su condición de figura pública fue reconocida por los propios actores al absolver posiciones (fs. 155 y fs. 157), por lo que, conforme al artículo 423 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, debe asignársele el carácter de plena prueba a la confesión judicial.

Aduce que, aún si Posse Melo no fuera figura pública, el hecho, de todos modos, guardaría relación con un acontecimiento de interés

público, ya que Majul lo incluye al señalar que Melo se suicidó tras vender en forma inconveniente sus acciones a Julio Ramos, luego de un cuadro depresivo. Insiste en que lo agravia la restricción indebida a la libertad de expresión y señala, con cita de doctrina y jurisprudencia, el papel preponderante que los constituyentes y la Corte Suprema le han otorgado a este derecho. Pone de resalto la investigación diligente y cuidadosa que Majul y su equipo llevaron a cabo, y enfatiza insistentemente que al menos tres fuentes diversas y confiables dijeron a Majul y a sus investigadores que el señor Posse Melo se había suicidado.

Se agravia, además, por violación del derecho de defensa en juicio, reprobando que el juez, a fs. 182/184, sin petición de parte y sin que se presentara ninguna circunstancia novedosa en autos, decidió incorporar oficiosamente las historias clínicas de Leopoldo Jorge Melo al expediente. Afirma que ello cambió el eje del litigio, ya que sus defensas se habían encaminado a demostrar que los actores no podían pretender una indemnización si no probaban la supuesta falsedad de la información sobre la que basaban el reclamo. Dice que con ello se lo privó, en los hechos, de ofrecer pruebas referidas a las historias clínicas agregadas, y de la posibilidad de evaluar la conveniencia de consultar con las fuentes periodísticas que proporcionaron el dato cuestionado, si estarían dispuestas a comparecer a juicio.

– III –

En primer lugar, estimo que existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del inciso 3º de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y de tratados internacionales con jerarquía constitucional, y la decisión impugnada es contraria al derecho que los recurrentes pretenden sustentar en aquéllas. Corresponde, asimismo, tratar en forma conjunta los agravios relativos a la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento en la consideración de argumentos planteados en la causa, así como en la interpretación de la doctrina de V.E., pues a ello se imputa la directa violación de los derechos constitucionales invocados, guardando, en consecuencia, ambos aspectos, estrecha conexidad entre sí (v. doctrina de Fallos: 327:789, entre otros).

– IV –

Para mayor claridad expositiva primero descartaré algunos agravios para abordar las cuestiones federales involucrados con mayor de-

tenimiento. En primer término los agravios referidos a la legitimación *de iure* propia de los actores para iniciar el reclamo remiten al estudio de cuestiones de derecho común, procesal y fáctico, ajenas –salvo arbitrariedad– al recurso del artículo 14 de la ley 48; y la sentencia ha dado suficiente fundamento sin que se advierta dicha tacha (ver en particular fojas 436/437).

Por idénticas razones, tampoco puede prosperar el recurso en lo relativo al agravio a la defensa en juicio que, según alegó el peticionante, habría surgido de la medida para mejor proveer dispuesta por el Juez de Primera Instancia. Centra su discusión el recurrente en normas de derecho procesal común y reitera argumentos que, oportunamente, recibieron respuesta por parte del *a quo*, sin que, por otra parte, alegara la inconstitucionalidad de las normas que regulan la producción de medidas para mejor proveer.

Finalmente la cuestión principal debatida en el presente expediente es el alcance y los límites del derecho a la libertad de prensa.

– V –

En reiterados precedentes, V.E. ha establecido que la función de la prensa en una república democrática consiste, entre otros objetivos fundamentales, en informar tan verídica y objetivamente al lector como sea posible. Tiene no sólo el deber de ser espejo de la realidad sino también de interpretarla, formando y expresando a la opinión pública (Fallos: 321:3170, voto del juez Fayt). Dentro de este marco, el ejercicio del derecho a la libertad de prensa ocupa, en consecuencia, un lugar eminente y exige una particular cautela cuando se trata de reducir responsabilidades por su desenvolvimiento (Fallos: 321:667, 2637, 3170).

Sucede que justamente el derecho a la libertad de expresión puede, en determinadas circunstancias, entrar en colisión con otros derechos –como el honor y la intimidad– que, del mismo modo, merecen una amplia protección. En estos casos, se hace necesario analizar los alcances y límites de todos los derechos en pugna, y ponderar cuidadosamente cuál debe prevalecer.

En el caso *sub examine*, el recurrente cuestiona, en lo principal, el alejamiento del Tribunal *a quo* de las reglas que en ayuda de dicha la-

bor de armonización del ejercicio de estos derechos V.E. ha adoptado, es decir, la llamada doctrina de la real malicia (Fallos: 310:508, 314:1517 y 319:3428; entre otros).

– VI –

En primer lugar, cabe recordar que la Cámara se apartó de las reglas de la real malicia en el entendimiento de que la doctrina se utilizaría para analizar la eventual responsabilidad de la prensa sea oral, escrita o televisiva y no a los libros, puesto que –afirmó– “...en éstos el autor cuenta con tiempo y elementos suficientes para meditar y revisar lo que escribe”.

En este sentido, adelanto mi parecer en el sentido de que lo resuelto por el *a quo* es incompatible con lo establecido por V.E. en la elaboración de dicha doctrina. En principio, considero que la misma resultaría aplicable al caso, en razón del tipo de enunciados incluidos en el libro en cuestión. En efecto, y tal como expuse en la causa P. 2297 L. XL. “Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros”, en la que dictaminé el 11 de abril pasado –y a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad–, la real malicia es una ponderación de los intereses del honor y la libertad de prensa, según la cual, por razones de diseño de política constitucional, las reglas del derecho civil de daños no se aplican, aunque haya existido un daño efectivo al honor, si esa aplicación puede perjudicar el margen del ejercicio futuro de la libertad de prensa.

Justamente, con la doctrina de la real malicia se busca proteger la cantidad más amplia de libertad de expresión posible, aun cuando, por cierto, en algunas oportunidades afirmaciones falsas queden sin ser indemnizadas. La importancia de la regla radica en evitar la autocensura o, dicho de otro modo, en no desalentar a los medios de realizar afirmaciones que, al momento de la publicación, consideran razonablemente ciertas (y que podrían efectivamente serlo).

Ahora bien, y como adelanté, la doctrina de la real malicia sólo es aplicable en casos en los que está en juego una aseveración –falsa– de tipo histórico, es decir, cuando se atribuye un hecho cuya mera existencia pone en duda la honorabilidad de alguna persona. Por el contrario, V.E. ha sostenido que las opiniones sobre cuestiones públicas no pueden ser limitadas casi de ninguna manera y que, en consecuencia,

están amparadas por una garantía de total indemnidad. Así lo acabo de sostener en mi reciente dictamen emitido en autos B. 1938 L. XL “Bergés, Mariano Osvaldo c/ Editorial Amfin” del 6 de noviembre del corriente año.

Consecuentemente, y tal como se desprende de lo resuelto por V.E. en el precedente “Morales Solá” publicado en Fallos: 319:2741, la doctrina de la real malicia no podía ser dejada de lado arbitrariamente por la circunstancia de que las afirmaciones cuestionadas en la causa hayan estado incluidas en un libro. Principalmente, la Cámara no podría haberse apartado de tales reglas, toda vez que las afirmaciones relativas al modo y las circunstancias que habrían determinado la muerte de una persona contienen, sin dudas, un sustrato fáctico.

Ello implicaba, necesariamente, por parte de la Cámara, un análisis posterior orientado a determinar la correspondencia entre esas afirmaciones y la realidad y la averiguación de cuál había sido el estado subjetivo del autor acerca de la veracidad de esas afirmaciones. En efecto, y tal como expuse en mi dictamen “Patitó” al que hice referencia, sólo se verifica la “real malicia” que genera el deber de reparar si ex ante, es decir, al momento de publicar la noticia se conocía la falsedad de la información, o si se desconsideró temerariamente su posible falsedad.

En relación con esto último, corresponde hacer todavía una aclaración, habida cuenta de que el caso en examen encierra una particularidad.

En primer lugar, las frases cuestionadas se incluyeron en un libro que relata el desenvolvimiento laboral de cuatro empresarios y el modo en que habrían generado sus riquezas. Más precisamente, la referencia a Melo se inserta en el marco del capítulo destinado a Julio Ramos y por medio de ella se intenta conectar, de alguna manera, un supuesto suicidio de aquél, con la venta de sus acciones del diario *Ambito Financiero* a Ramos.

Ocurre que, en virtud de la inclusión en el expediente de la historia clínica de Melo, el Tribunal *a quo* tuvo por acreditado que la muerte de aquél se habría producido a causa de una cirrosis hepática y no, como manifestó el demandado, de un suicidio.

En este sentido, cabe recordar que si bien se comprobó que, en efecto, la afirmación del recurrente no se correspondía con la realidad, la doctrina de la real malicia ampara, en principio, algunas falsedades en miras a la protección del interés prioritario que representa la comunicación de informaciones. La razón es clara: la doctrina intenta estimular el debate libre y desinhibido, como modo de garantizar un elemento esencial del sistema republicano democrático. Justamente, ello determina que la libertad de expresión no se agote en las meras afirmaciones verdaderas u opiniones.

Sin embargo sucede que en este caso la información cuestionada no revestía, al momento de la publicación, interés público urgente y, en consecuencia, ello generaba la obligación de emplear mayor diligencia al momento de verificar su correspondencia con la realidad. En efecto, el episodio relatado consistía, básicamente, en un negocio entre partes privadas, que no resultó ser conveniente para el vendedor, lo cual habría motivado el suicidio de éste tras un proceso depresivo, y ello aproximadamente diez años después de ocurrido el negocio (aunque ello no fue informado en la publicación, que sólo relató la relación temporal entre los hechos y el suicidio con la expresión “tiempo después se suicidó”). A su vez, la publicación del libro tuvo lugar cinco años después de la muerte de Melo, es decir, alrededor de quince años más tarde del suceso que constituía el núcleo del relato cuestionado.

Es decir, en estos supuestos, por no tratarse de información cuya publicación inmediata –luego de obtenida– pudiera ser calificada como esencial para la vida política, social o institucional, la diligencia requerida –para cumplir al menos con el estándar de prudencia de no haberse comportado de manera temerariamente desconsiderada– resulta ser bien diferente a la requerida en los casos habituales de real malicia. En efecto, el fundamento del deber de tolerar lesiones al honor provocadas por afirmaciones de hecho falsas se vincula con una serie de factores. Uno de ellos radica en la preferencia de arriesgar que salgan a la luz informaciones cuya certeza absoluta no puede ser alcanzada al momento de la publicación, en tanto el beneficio que la sociedad obtendría (perspectiva prospectiva) en caso de ser cierta la información supera el valor del perjuicio producido.

Por este motivo, en los casos como el tratado aquí, en los que evidentemente la índole esencialmente privada de la cuestión, combinada con el escaso beneficio que –dado el tiempo que ya había transcurri-

do— cabría esperar de que la publicación no se demorara más, hace aumentar la exigencia, el estándar de diligencia debida que demuestre que el medio periodístico cumplió con el requisito de no haber actuado de manera “temerariamente desconsiderada”.

No se trata aquí de una modificación a la regla de la real malicia, que en sí permanece invariada. Se trata únicamente de interpretar, según las circunstancias de cada caso, cuáles son los niveles de prudencia exigidos por el parámetro subjetivo incluido en la regla de la real malicia. Esta interpretación, de hecho, ocurre en todo ámbito en el que se requiere el obrar diligente. Qué es lo que pueda ser considerado diligente depende, en gran medida de las circunstancias de hecho. Por ejemplo, frente a una situación de escaso riesgo, la prudencia requerida exigible es baja, mientras que el actuar en una situación extremadamente riesgosa implica que la diligencia debida sólo es satisfecha si se toman especiales recaudos. También los recursos de los que se dispone para conjurar el riesgo, en este caso para tomar una decisión: hacer una afirmación respecto de un hecho; hacen cambiar el nivel de prudencia requerida, como lo demuestra, justamente, la regla básica de la real malicia, en la que la urgencia por publicar hace descender el nivel de control requerido.

En este aspecto no parecen arbitrarias las afirmaciones del Tribunal *a quo* al señalar que por haberse tratado de la publicación de un libro el autor contaba con el tiempo suficiente para meditar y revisar lo que escribía. En vista a la ponderación relatada *supra*, resulta claro que a diferencia de la premura con que diariamente cuentan otros medios de comunicación, en el caso de los libros, el autor cuenta con más tiempo para verificar que la información se adecue a la realidad.

En este sentido, la Cámara consideró, además, poco diligente la inferencia realizada por el recurrente al haber atribuido el supuesto suicidio de Melo a la depresión que le habría ocasionado la venta —ocurrida aproximadamente diez años antes de su muerte— de sus acciones del diario a Ramos. En efecto, señaló que en ese lapso otras circunstancias podrían haber influido en el alegado suicidio. Esta afirmación no parece en absoluto carente de lógica.

En conclusión, si bien es correcto el agravio del recurrente acerca de que el *a quo* debió aplicar la doctrina de la real malicia aun tratándose de un enunciado incluido en un libro, las particularidades del

caso señaladas no tornan arbitraria la afirmación del *a quo* respecto de la falta de diligencia empleada por el demandado. Ello es así en razón de que la exigencia de cuidado resulta mayor cuando falta un interés urgente en brindar la información y se dispone de un tiempo indeterminado para hacer las comprobaciones necesarias, sin que ello redunde en un decaimiento del grado de interés en la publicación de la información.

En definitiva, más allá de que la Cámara decidiera no aplicar la doctrina de la real malicia, basada en la idea errónea de que ella no es aplicable a las informaciones dadas en libros, lo cierto es que la regla con la que resuelve el caso es compatible y armónica con la aplicación de la doctrina que explícitamente rechaza y, por lo tanto, más allá de la discrepancia en el *nomen iuris* que le haya dado a sus razonamientos, no se aparta de las reglas constitucionales acerca de la libertad de expresión.

En cuanto a la regla de que la carga de la prueba de la disposición subjetiva no recaiga sobre el demandado, la sentencia tampoco resulta reprochable. En efecto, resultando probado que el extremo del suicidio no se correspondía con la realidad, surge *ex re* la atribución subjetiva, a quien afirma lo contrario, de no haber actuado diligentemente.

Finalmente, el recurrente sostuvo que, según los parámetros sentados por V.E., Melo debería haber sido considerado una persona de carácter público y, en consecuencia, en la solución del conflicto de intereses que origina la presente contienda, merecía una protección débil frente a la que ostentan quienes no lo son. Sin embargo, aun en la hipótesis más favorable para el recurrente (es decir que efectivamente Melo podría ser considerada una persona pública), según las consideraciones que anteceden, el recurrente de todos modos no empleó la prudencia que las circunstancias del caso exigían, con lo cual el agravio carece de sustento.

– VII –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar la presente queja y confirmar la sentencia. Buenos Aires, 8 de noviembre de 2007.
Esteban Righi.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Melo, Leopoldo Felipe y otros c/ Majul, Luis Miguel s/ daños y perjuicios”, para decidir sobre sus procedencia.

Considerando:

1º) Que los actores, Leopoldo Felipe Melo, Dolores María Melo y María Eugenia Posse, hijos y madre, respectivamente, de Leopoldo Jorge Melo, promovieron demanda contra el periodista Luis Majul, con el objeto de que se les reconozca una indemnización de daños y perjuicios.

Que el reclamo tuvo origen en la información contenida en el libro titulado “Los nuevos ricos de la Argentina – Tiburones al acecho”, escrito por Majul. En la parte dedicada a Julio Ramos y a la creación del diario *Ambito Financiero*, el libro hizo mención de Leopoldo Jorge Melo como uno de los socios fundadores y afirmó que se había suicidado. Concretamente, en la parte que según se alega afecta a los demandantes el libro dice: “(...) El cuarto fue Posse Melo. Posse entró en un cuadro depresivo al tiempo de haber sido convencido por Ramos de que lo mejor era venderle su parte a un precio módico. Más adelante se suicidó (...)”.

Que los actores señalaron que Melo no se suicidó sino que falleció a raíz de una dolorosa enfermedad. Destacaron que la falsedad de la información les generaba un intenso perjuicio en el ámbito de relaciones privadas y en su vida social, y que la idea de la supresión de la vida por propia voluntad, ante las creencias religiosas de la familia, presentaba una carga emocional negativa, todo lo cual les provocaba un daño moral.

2º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, confirmó (fs. 433/440 vta.) la decisión de primera instancia en tanto había rechazado las defensas de falta de legitimación activa y de prescripción de la acción opuestas por el demandado y la revocó en cuanto había rechazado la demanda. Por tanto, condenó a Majul a pagar a los hijos de Leopoldo Jorge Melo la suma de \$ 30.000.

3º) Que con respecto a la defensa de prescripción, la cámara sostuvo que el cómputo del plazo respectivo debía efectuarse desde que los demandantes tomaron conocimiento del daño invocado y que tratándose de una información contenida en un libro correspondía adoptar como punto de partida el día en que los ejemplares se pusieron a la venta en las librerías –4 de diciembre de 1997– y no la fecha en que finalizó la impresión de la obra. Añadió que si se computaban los 59 días en que el plazo había estado suspendido en razón de los trámites de la mediación –aspecto no controvertido entre las partes–, la demanda presentada en las dos primeras horas del 2 de febrero de 2000 ante el juzgado asignado por el Centro de Informática de la Cámara Civil, era tempestiva de conformidad con lo dispuesto por la doctrina plenaria del fuero civil.

Que con referencia a la falta de legitimación activa de los actores hijos de Leopoldo Jorge Melo alegada por la parte demandada, la alzada señaló que era cierto que los derechos personalísimos se extinguían con la muerte de la persona; empero, ello no llevaba a admitir que si la conducta ofensiva ocurría después del fallecimiento de una persona, sus familiares se encontraran impedidos de invocar la afectación de un interés propio. Con relación a la madre de Leopoldo Jorge Melo, la cámara consideró que era correcta la aplicación del art. 1080 del Código Civil para negarle legitimación activa.

4º) Que el tribunal *a quo* rechazó las críticas expuestas por el demandado referentes a la adopción de una medida para mejor proveer por parte del juez de primera instancia con el objeto de averiguar la causa de la muerte de Leopoldo Jorge Melo, pues estimó que se trataba de una facultad que tenía dicho juez para averiguar la verdad sobre aspectos controvertidos en el pleito, circunstancia que no causaba menoscabo al derecho de defensa del apelante en razón de que la parte había tenido la oportunidad de formular las observaciones que estimara corresponder acerca del resultado de esa prueba.

5º) Que en el plano sustancial, la cámara afirmó que de la historia clínica agregada en la causa surgía que Leopoldo Jorge Melo había fallecido como consecuencia de una cirrosis hepática, circunstancia que llevaba a concluir que la mención efectuada en el libro respecto de que aquél se había suicidado no se ajustaba a la verdad. Después de efectuar diversas consideraciones atinentes al derecho a la intimidad y a la importancia de la libertad de prensa, sostuvo que la doctrina de la real malicia era aplicable “a la prensa escrita, oral, televisiva, etc.

y no a los libros, por entender que en éstos el autor cuenta con tiempo y elementos suficientes para meditar y revisar lo que escribe” (fs. 438 del expediente principal). A ello añadió que Leopoldo Jorge Melo no era una figura pública en los términos de la referida doctrina. Y señaló que, en cambio, resultaba de aplicación la doctrina del caso “Campillay” (Fallos: 308:789).

Que por otra parte, el tribunal *a quo* expresó que Leopoldo Jorge Melo había fallecido unos diez años después de ocurridos los hechos relatados en el libro, por lo que había existido un tiempo más que suficiente para estudiar qué era lo que había pasado realmente en ese período y no rematar el tema diciendo “más adelante se suicidó”, pues en ese “más adelante” pudieron haber ocurrido diversas circunstancias después de su alejamiento de *Ambito Financiero* que influyeran en la relación de causalidad entre ese hecho y el alegado suicidio (fs. 439). Agregó que el autor no había empleado la diligencia y el cuidado que el caso requería, por lo que su conducta era reprochable en los términos de los arts. 512 y 902 del Código Civil, y que el suicidio falsamente atribuido a Leopoldo Jorge Melo había implicado una introducción abusiva y gratuita en la intimidad de su familia, que le originó injustos padecimientos espirituales, alteración de su ritmo normal de vida e impotencia frente a una falsedad incontrovertible.

6°) Que contra ese pronunciamiento, el demandado interpuso recurso extraordinario (fs. 444/494 vta., replicado a fs. 498/500) que fue denegado (fs. 501), lo cual dio lugar a la queja en examen.

Que el apelante formuló los siguientes agravios: (a) según la ley argentina, nadie tiene derecho a demandar por el daño moral sufrido por una persona fallecida, a menos que ésta hubiera iniciado el reclamo (arts. 1078 y 1099 del Código Civil), por lo que los actores no tienen derecho a demandar como lo hicieron, aun cuando pueda ser cuestionable que la memoria del difunto quede sin protección frente a determinadas publicaciones; (b) la medida para mejor proveer dispuesta por el juez de primera instancia afectó la garantía de la defensa en juicio y la igualdad de las partes en el proceso; (c) la cámara desconoció la doctrina de este Tribunal según la cual la real malicia se aplica a las informaciones contenidas en los libros, tal como lo sostuvo en el precedente “Morales Solá”; (d) la cámara decidió arbitrariamente que Melo no era una figura pública, pues era periodista y fundador de un medio masivo de comunicación; (e) existe un interés público en la informa-

ción involucrada, como es el nacimiento y desarrollo del diario *Ambito Financiero*; (f) están probadas la seriedad y la diligencia con las que el autor trabajó en el libro, pues consultó tres fuentes independientes que coincidieron en la información sobre Leopoldo Jorge Melo; (g) los actores no alegaron ni probaron la verdadera causa del fallecimiento de Leopoldo Jorge Melo y sólo en virtud de la actividad oficiosa del juez de primera instancia –a la que calificó de indebida– pudo saberse la causa real; además, sólo los familiares podrían tener acceso a la historia clínica de Melo, pero no Majul.

7º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible en tanto controvierte la inteligencia que el tribunal apelado ha dado a las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión y la decisión ha sido contraria al derecho que la demandada fundara en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48; Fallos: 331:1530).

Que en cuanto se dirige a controvertir el modo en que la cámara resolvió los planteos referentes a la falta de legitimación activa, al cómputo del plazo de prescripción y a la producción de pruebas como medida para mejor proveer, el recurso extraordinario es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

8º) Que la sentencia apelada estimó inaplicable el principio de la real malicia, admitido por esta Corte como adecuada protección de la libertad de expresión. Ello habilita la intervención del Tribunal, en su competencia apelada, para examinar las razones en base a las cuales se negó la protección constitucional al demandado y también para decidir si la publicación por la que fue condenado merece o no la inmunidad que el art. 14 de la Constitución Nacional reconoce a la libertad de expresión y de prensa.

9º) Que no se halla controvertida la falsedad de la información publicada por Majul en el libro “Los nuevos ricos de la Argentina – Tiburones al acecho” cuando refiere que Leopoldo Jorge Melo se suicidó, ya que las copias de la historia clínica adjuntadas por el Sanatorio Anchorena demuestran que aquél, en sus últimos días de vida, recibió un tratamiento por una cirrosis hepática (ver fs. 221/228).

10) Que, como puede apreciarse, el daño alegado por los actores tuvo origen en la información ofrecida por Majul con relación a la causa del fallecimiento de Leopoldo Jorge Melo.

Que debe precisarse, pues, si alguno de los estándares constitucionales fijados por este Tribunal resulta aplicable para resolver la cuestión sometida a su conocimiento, concretamente, el perjuicio en el ámbito de las relaciones privadas y de los sentimientos, alegado por los actores, frente a la libertad de prensa. Si bien, como se ve, no se trata aquí estrictamente de una lesión al honor o a la reputación, nada obsta a que se utilicen los estándares que esta Corte ha diseñado para examinar dichos tópicos, sobretodo porque este caso tiene con ellos un punto en común como es el origen del daño: la propalación de la noticia falsa.

Que el primero de esos criterios constitucionales es la doctrina “Campillay” (Fallos: 308:789).

Que por ello, cabe examinar, en primer lugar, si se encuentran cumplidos los recaudos del estándar fijado en dicha doctrina. En el caso de no hallarse cumplidos tales recaudos, deberá examinarse si se hallan reunidos los presupuestos que ha exigido este Tribunal para la aplicación de la doctrina de la real malicia.

11) Que cabe recordar que en el precedente “Campillay” (Fallos: 308:789), este Tribunal sostuvo que “cuando un órgano periodístico difunde una información que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no ha de responder por ella en los supuestos en que omite revelar la identidad de los presuntamente implicados, o utilice un tiempo de verbo potencial o, por fin, propale la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente”. Así lo hizo, en el entendimiento de que tales exigencias constituyen requisitos propios de un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas (conf. causa “Perini”, Fallos: 326:4285).

Que con relación a la fuente, esta Corte afirmó que “cuando se adopta esta modalidad se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado” (conf. causas “Granada” Fallos: 316:2394; “Acuña” Fallos: 319:2965; “Burlando” Fallos: 326:145 y “Perini” Fallos: 326:4285). Esa modalidad, que comporta un estándar de protección a los medios de difusión (Fallos: 326:145), permite que los afectados por la información resulten beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos –si a

ellos se creyeran con derecho— podrán ser dirigidos contra aquéllos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión” (conf. causas “Granada” Fallos: 316:2394, “Triacca” Fallos: 316:2416; “Ramos” Fallos: 319:3428; y “González, Adriana” Fallos: 327:3560). La información debe atribuirse a una fuente identificable y debe tratarse de una transcripción sustancialmente fiel o idéntica de lo manifestado por ella (conf. causa “Triacca” Fallos: 316:2416; “Espinosa” Fallos: 317:1448, “Acuña” Fallos: 319:2965 y “Mennem” Fallos: 321:2848).

Que respecto de la utilización del modo potencial, su verdadera finalidad —señaló este Tribunal— “radica en otorgar la protección a quien se ha referido sólo a lo que puede ser, o no, descartando toda aseveración, o sea la acción de afirmar y dar por cierta alguna cosa, de manera que esa pauta no consiste solamente en la utilización de un determinado modo verbal —como el potencial— sino en el examen del sentido completo del discurso, que debe ser conjetural y no asertivo” (Fallos: 326:145 y 4285).

Que en lo que hace a la identidad, esta Corte ha dicho que cuando ella es omitida, se halla ausente la afectación a la reputación (Fallos: 316:2394).

12) Que, como fácilmente puede advertirse, al publicar la información referente al fallecimiento de Leopoldo Jorge Melo, el demandado no cumplió con ninguno de los tres supuestos de la doctrina “Campillay”. En efecto, aquél permitió identificar claramente a Leopoldo Jorge Melo, más allá de que haya aludido literalmente a “Posse Melo”; no utilizó el modo potencial; y omitió citar la fuente pertinente. Con relación a esta última, si el demandado quería preservar su confidencialidad y no incurrir en responsabilidad por la publicación de una noticia que podría resultar falsa o inexacta, debió cumplir con alguno de los otros dos supuestos de la referida doctrina.

13) Que una vez determinada la inaplicabilidad de la doctrina “Campillay”, correspondería definir si, para establecer la responsabilidad del demandado, la parte actora debió demostrar que actuó con lo que esta Corte ha denominado “real malicia”, es decir, con conocimiento de la falsedad o una grosera despreocupación al respecto.

Que según ya se adelantó, se trata el presente caso de una demanda por daños ocasionados a la vida privada denunciada por la familia Melo, mediante la publicación de información falsa sobre las causas

de la muerte del padre y cónyuge de los demandantes, colocándolo bajo la falsa apariencia de suicida, lo cual tuvo entidad para ocasionar una mortificación en los sentimientos del grupo, en los términos del art. 1071 bis del Código Civil. También se puso de resalto que tanto este tipo de casos como las demandas por difamación atribuyen ambas el daño a la publicación de información falsa, circunstancia que justifica un tratamiento similar por parte de los tribunales.

Que en diversos precedentes, esta Corte ha establecido una doctrina constitucional en busca de articular la libertad de prensa y expresión, con los derechos de las personas a la preservación de su reputación. En tal sentido ha comenzado por advertir que no hay afectación alguna de la honra o reputación de las personas cuando se está frente a la publicación de meras opiniones o juicios de valor que no tienen un contenido informativo sobre otros hechos o circunstancias más allá del conocimiento que brindan sobre las ideas propias del autor. Por otro lado, ante publicaciones que sí hacen afirmaciones de hecho que tienen entidad para menoscabar la reputación de quien ha entablado la demanda, entonces corresponde hacer una distinción según que se trate esta última o bien de un funcionario o figura pública, o bien de un ciudadano privado. Cuando se trata el afectado de una persona incluida en la primera categoría, el Tribunal ha entendido que sólo se puede asegurar un ejercicio fluido y vigoroso de la libertad de palabra, si se limitan los factores de imputación –y la consiguiente responsabilidad civil de quienes hicieron la publicación como autores o medios– a aquellos que puedan ser alcanzados por el concepto de “real malicia” (dolo o grave e inexcusable negligencia), con exclusión de otros tales como la responsabilidad objetiva, presunciones de culpa o incluso faltas leves del deber de cuidado. Cuando, por el contrario, el sujeto afectado es un ciudadano privado, entonces la responsabilidad ha de establecerse de acuerdo con las reglas generales establecidas en el Código Civil.

14) Que la posición asumida por la parte demandada se centró principalmente en dos líneas de defensa, a saber: a) la condición de figura pública que cabía asignar al fallecido Melo, para lo cual se aludió a sus actividades periodísticas y políticas, y b) la ausencia de dolo o grosero descuido en el comportamiento de Majul, a cuyo efecto se argumentó sobre su seriedad profesional, así como acerca de versiones sobre un posible suicidio de Melo.

Que la primera determinación es insoslayable puesto que de ella (y no de que la información esté contenida en un libro) depende la apli-

cabilidad al caso de la doctrina que restringe la responsabilidad civil a los casos de “real malicia” o si, en cambio, se trataba de un particular sin una posición tal que le diese incumbencia en la esfera pública.

Que a tal efecto, resulta necesario recordar los lineamientos dados por la Corte Suprema de los Estados Unidos al fallar en el caso “Gertz” (418 U.S. 323) en el cual recordó que la doctrina que exige “real malicia” fue sentada en “New York Times v. Sullivan (376 U.S. 254) y posteriormente extendidas en “Curtis Publishing Co v. Butts” (388 U.S. 130) a demandas iniciadas por personas que, sin ser funcionarios públicos “estaban íntimamente involucradas en la resolución de importantes cuestiones públicas o, por razón de su fama tenían gran influencia en áreas que preocupan, importan o interesan a toda la sociedad” (418 U.S. 323, 337).

Que asimismo, era menester recordar lo expuesto en el fallo “Gertz” en cuanto a que la necesidad de evitar la autocensura de quienes toman la palabra en torno a cuestiones públicas, si bien es un argumento central a favor de la doctrina, no constituía el único valor social protegido. También se ponderó, que los funcionarios públicos o las figuras públicas normalmente cuentan con un acceso significativamente mayor a los canales de comunicación y, por lo tanto, “tienen una oportunidad más realista de contrarrestar las falsedades que las personas privadas” (418 U. S. 323, 344).

Que en tal sentido, se evaluó en ese fallo que los individuos que deciden buscar un puesto en el gobierno aceptan algunas consecuencias propias de ese involucramiento en las cuestiones públicas y que lo mismo sucede con aquellas otras clasificadas como figuras públicas, que rara vez llegan a ser tales sin que medie de su parte una acción dirigida con ese propósito, es decir, que “buscan participar en controversias públicas y convocan de este modo el comentario y la atención de la gente” (418 U.S. 323, 345).

15) Que cabe apuntar que los camaristas debieron tener en cuenta las directrices antes aludidas al examinar si Melo fue o no una figura pública y, en caso afirmativo, si se configuró un factor de imputación que cumpla con la exigencia de que el demandado haya actuado con conocimiento de la falsedad o grosero descuido.

16) Que la lectura del fallo impugnado, demuestra que la alzada cerró toda posibilidad de estudiar estos extremos que resultan sustanciales para el adecuado tratamiento de la cuestión constitucional

planteada, pues se limitó a afirmar de un modo dogmático que la doctrina de la “real malicia” se aplicaba a la prensa escrita, oral, televisiva, etc. pero no a los libros... porque en estos el autor cuenta con tiempo y elementos suficientes para meditar y revisar lo que escribe.

Que tal interpretación no condice con la amplitud de la teoría receptada por este Tribunal, que al aludir a “real malicia” se refiere a datos no veraces propalados por la prensa escrita, oral o televisiva, sin establecer salvedad alguna (ver fallos “Wolston v. Reader’s Digest Association” (443 U.S. 157) y “Morales Solá”, Fallos: 319:2741, donde la declaración ofensiva fue efectuada en libros).

17) Que cabe concluir, que el *a quo* ha soslayado el examen constitucional que el caso exigía y que fue invocado por el autor del libro durante todo el pleito con el objeto de demostrar que la afirmación errónea publicada merecía inmunidad de conformidad con los términos de la doctrina de la real malicia. En consecuencia, la sentencia dictada por la cámara ha tomado una decisión sin atender a las pautas que esta Corte ha determinado al interpretar la libertad de expresión y prensa establecida en el art. 14 de la Constitución Nacional. Es en esa medida que el caso deber ser nuevamente fallado con pleno cumplimiento de los lineamientos trazados precedentemente.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Con costas. Devuélvase el depósito obrante a fs. 1. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

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

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1° a 9° del voto de la mayoría, a los que cabe remitir por razón de brevedad.

10) Que, en primer término, corresponde precisar que los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso son, por un lado, la libertad de expresión, información y prensa y, por el otro, el derecho a la honra o reputación.

Que con respecto a la libertad de expresión esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que dicha libertad tiene en un régimen republicano. En este sentido ha dicho desde antiguo que "...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal..." (Fallos: 248:291). También manifestó que "el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio" (Fallos: 308:789; 310:508; 321:667 y 3170).

Que el derecho a la honra, por su parte, se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito.

Que en este aspecto, tal como se manifestó *ut supra* el daño alegado por los actores tuvo origen en la afirmación efectuada por el periodista Majul con relación a la causa del fallecimiento de Leopoldo Jorge Melo. Según las manifestaciones vertidas en el escrito de demanda esta afirmación les provoca un perjuicio en el ámbito de sus relaciones privadas y de su vida social y que la idea de la supresión de la vida por propia voluntad, ante las creencias religiosas de la familia, presentaba una carga emocional negativa, todo lo cual les provocaba un daño moral.

11) Que una vez delimitados los derechos que se encuentran en juego en la presente causa debe analizarse la responsabilidad del demandado a la luz de los estándares constitucionales fijados por este Tribunal –doctrinas Campillay y de la real malicia– para los supuestos en los que se alega una afectación al derecho al honor.

Que el primero de esos criterios constitucionales es la doctrina "Campillay" (Fallos: 308:789).

Que por ello, cabe examinar, en primer lugar, si se encuentran cumplidos los recaudos del estándar fijado en dicha doctrina. En el

caso de no hallarse cumplidos tales recaudos, deberá examinarse si se hallan reunidos los presupuestos que ha exigido este Tribunal para la aplicación de la doctrina de la real malicia.

12) Que cabe recordar que en el precedente de Fallos: 308:789, este Tribunal sostuvo que “cuando un órgano periodístico difunde una información que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no ha de responder por ella en los supuestos en que omita revelar la identidad de los presuntamente implicados, o utilice un tiempo de verbo potencial o, por fin, propale la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente”. Así lo hizo, en el entendimiento de que tales exigencias constituyen requisitos propios de un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas (conf. causa “Perini” Fallos: 326:4285).

Que con relación a la fuente, esta Corte afirmó que “cuando se adopta esta modalidad se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado” (conf. causas “Granada” Fallos: 316:2394; “Acuña” Fallos: 319:2965; “Burlando” Fallos: 326:145 y “Perini” Fallos: 326:4285). Esa modalidad, que comporta un estándar de protección a los medios de difusión (Fallos: 326:145), permite que los afectados por la información resulten beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos –si a ellos se creyeran con derecho– podrán ser dirigidos contra aquéllos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión” (conf. causas “Granada” Fallos: 316:2394, “Triacca” Fallos: 316:2416; “Ramos” Fallos: 319:3428; y “González, Adriana” Fallos: 327:3560). La información debe atribuirse a una fuente identificable y debe tratarse de una transcripción sustancialmente fiel o idéntica de lo manifestado por ella (conf. causa “Triacca” Fallos: 316:2416; “Espinosa” Fallos: 317:1448, “Acuña” Fallos: 319:2965 y “Memem” Fallos: 321:2848).

Que respecto de la utilización del modo potencial, su verdadera finalidad –señaló este Tribunal– “radica en otorgar la protección a quien se ha referido sólo a lo que puede ser, o no, descartando toda aseveración, o sea la acción de afirmar y dar por cierta alguna cosa, de manera que esa pauta no consiste solamente en la utilización de un determinado modo verbal –como el potencial– sino en el examen del

sentido completo del discurso, que debe ser conjetural y no asertivo” (Fallos: 326:145 y 4285).

Que en lo que hace a la identidad, esta Corte ha dicho que cuando ella es omitida, se halla ausente la afectación a la reputación (Fallos: 316:2394).

13) Que, como fácilmente puede advertirse, al publicar la información referente al fallecimiento de Leopoldo Jorge Melo, el demandado no cumplió con ninguno de los tres supuestos de la doctrina “Campillay”. En efecto, aquél permitió identificar claramente a Leopoldo Jorge Melo, más allá de que haya aludido literalmente a “Posse Melo”; no utilizó el modo potencial; y omitió citar la fuente pertinente. Con relación a esta última, si el demandado quería preservar su confidencialidad y no incurrir en responsabilidad por la publicación de una noticia que podría resultar falsa o inexacta, debió cumplir con alguno de los otros dos supuestos de la referida doctrina.

14) Que una vez determinado el incumplimiento de la doctrina “Campillay”, corresponde, por tanto, determinar si resulta aplicable la doctrina de la real malicia.

Que en el *leading case* “Patitó” (Fallos: 331:1530) esta Corte sostuvo que “tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (doctrina de Fallos: 320:1272; 327:943).

Que estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.

Que así lo ha señalado esta Corte al afirmar que “no se trata de la verdad absoluta, sino de buscar leal y honradamente lo verdadero,

lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe” (caso “Vago”, Fallos: 314:1517).

Que estas afirmaciones forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que “Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir” (*New York Times v. Sullivan*, 373 U.S. 254, 271).

Que por su parte, el Tribunal Constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que “...Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse [la verdad como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse libremente]’, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio...” (Jurisprudencia Constitucional, tomo XX, pág. 57). En forma parecida se ha expresado el Tribunal Constitucional alemán en el caso “*Boll*” en el que sostuvo que “un énfasis excesivo en la obligación de probar la verdad y las graves sanciones que son su consecuencia, podrían llevar a una restricción y a una inhibición de los medios; éstos ya no podrían cumplir con sus tareas, especialmente aquellas que consisten en el control público, si se los sometiera a un riesgo [de sanción] desproporcionado” (BVerfGE 54, 208, transcripto por Martín Kriele en “*ESJ Grundrechte*”, Munich 1986, pág. 425) (voto de la mayoría, considerando 8º y voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 9º).

15) Que tal como se estableció en el precedente “Patitó” citado anteriormente “el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primera e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia –conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad– no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico”.

Que en ese sentido, se expresó que aun cuando esta última aseveración “puede implicar una alteración del principio general en otros sistemas jurídicos, en el contexto del derecho argentino y, en particular, de la legislación aplicable por los tribunales nacionales (art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se trata precisamente de seguir lo que es norma, esto es que la carga de probar un hecho recae sobre quien lo alega. En el régimen jurídico de responsabilidad civil no se discute que cada parte debe probar los presupuestos de su pretensión y que, por lo tanto, es el actor quien debe demostrar la existencia del factor de atribución. La sola evidencia del daño no hace presumir la existencia del elemento subjetivo en la responsabilidad profesional del periodista o del periódico” (voto de la mayoría, considerando 8°).

16) Que, en esa línea, debe examinarse, en primer lugar, el agravio del demandado concerniente a que Leopoldo Jorge Melo era una figura pública o, en todo caso, un particular involucrado en una cuestión pública, con miras a que se aplique la doctrina de la real malicia.

17) Que con relación a este aspecto, cabe señalar que asiste razón al demandado en cuanto sostiene que la información publicada sobre su fallecimiento tuvo relación con la investigación acerca de la creación, fundación y crecimiento del diario *Ambito Financiero* como un medio gráfico de comunicación social de reconocida circulación, tiraje y alcance nacional.

Que esta circunstancia basta para concluir que lo informado por el periodista en su libro presenta un interés público o general y que el relato de la forma en que falleciera Leopoldo Jorge Melo resulta conducente para describir la forma cómo se habría originado uno de los diarios de mayor difusión nacional.

Que en efecto, la parte demandada puso de relieve que el libro “trató sobre la historia y las particularidades de cuatro empresarios que acumularon un patrimonio importante en los últimos años. Así, describió el nacimiento y crecimiento de las empresas y grupos pertenecientes a Julio Ramos” y otros tres empresarios. Añadió que el objetivo consistía en “poner en conocimiento del público las características personales relevantes de estos empresarios, sus orígenes y la forma en que lograron desarrollar sus empresas hasta alcanzar una considerable fortuna”. Y puntualizó que los cuatro empresarios “elegidos por Majul para este libro son de interés público, en virtud de la importancia y

trascendencia de sus emprendimientos empresariales. Sin embargo, la historia del desarrollo económico de Julio Ramos reviste particular interés público, por la naturaleza de su actividad empresarial. En efecto, su crecimiento económico y empresarial se llevó a cabo a través de la creación y el desarrollo del diario *Ambito Financiero*, de público y notorio conocimiento”. Y agregó que “existe un evidente interés público en conocer la vida y las relaciones de personas como Ramos, que día a día influyen en la ciudadanía a través de un medio de comunicación” (ver su contestación de demanda, en especial fs. 33 vta. y 39 vta. del expediente principal).

Que por otro lado, el periodista Marcelo Claudio Dimango, quien colaboró con el demandado en el libro aquí involucrado, afirmó que el objeto de dicho libro era investigar periódicamente a cuatro personas que se caracterizaban “por su importancia empresarial, por haber construido sus empresas por su esfuerzo personal [...] Se trata de personajes que en los EE.UU. serían caracterizados como ‘*self-made men*’. Además debían tener una historia interesante de contar [...] por sus hechos. Con la vida de cada uno de ellos se podría haber hecho una película, por tratarse de vidas muy importantes, muy ricas...” (véase su declaración testimonial de fs. 203/206 vta., en especial fs. 204).

Que en el contexto en el que se relató el supuesto suicidio de Leopoldo Posse Melo no cabe duda alguna de que dicha información resultaba necesaria para describir una situación de marcado interés público en tanto se trataba de demostrar la forma cómo se produjo la creación y fundación del diario *Ambito Financiero*. En efecto, la mención que se hace de él consistió en explicar su rol como socio fundador del diario, la forma en que vendió sus acciones a J. Ramos y las consecuencias que dicha decisión podrían haber generado en su estado emocional. Cabe señalar, que del relato de algunos testigos surge la preocupación de los compañeros de trabajo de Melo para que no “lo castigaran las autoridades del diario porque traía mucho olor a alcohol...” (fs. 175).

Que asimismo, el relato efectuado por el periodista Majul en su libro busca enfatizar todas aquellas circunstancias que –a su criterio– resultan necesarias para describir la personalidad de Julio Ramos. Cabe recordar, que el objeto del libro era investigar y describir a los más prominentes empresarios argentinos. A tal fin se narró el nacimiento de sus fortunas así como todo hecho que fuera de interés vinculado a la personalidad y a la vida económica y empresarial que desarrolla-

ron. En este contexto la relación de Ramos con su ex socio Posse Melo resultaba de marcado interés a la investigación.

Que una vez determinado que en autos se está en presencia de un particular involucrado en un tema de interés público corresponde establecer si la doctrina de la real malicia es aplicable, o no, cuando la información falsa o inexacta aparece publicada en un libro.

18) Que, al respecto, cabe señalar que la interpretación realizada por la cámara no condice con la amplitud de la doctrina y jurisprudencia extranjera receptada por este Tribunal que, al aludir a la “real malicia” establece como recaudo para su aplicación la existencia de datos no veraces propalados por la prensa escrita, oral o televisiva, sin establecer salvedad alguna (*Masson v. New Yorker Magazine*, 501 U.S. 496 y *Wolston v. Reader’s Digest Association*, 443 U.S. 157).

Que en este sentido, la citada doctrina ha sido aplicada por el Tribunal en la causa “Morales Solá” (Fallos: 319:2741), en la que se habían impugnado diversas afirmaciones contenidas en el libro titulado “Asalto a la Ilusión”.

Que no es el factor “tiempo” con que cuenta el periodista al publicar un libro la premisa a considerar para determinar si se aplica la doctrina de la real malicia, sino si quien difundió la información conoció la falsedad de ésta al momento de publicarla o si obró con notorio desinterés acerca de si lo que publicaba era veraz o no.

19) Que cabe concluir, que el *a quo* ha soslayado el examen constitucional que el caso exigía y que fue invocado por el autor del libro durante todo el pleito con el objeto de demostrar que la afirmación errónea publicada merecía inmunidad de conformidad con los términos de la doctrina de la real malicia. En consecuencia, la sentencia dictada por la cámara ha tomado una decisión sin atender a las pautas que esta Corte ha determinado al interpretar la libertad de expresión y prensa establecida en el art. 14 de la Constitución Nacional. Es en esa medida que el caso deber ser nuevamente fallado con pleno cumplimiento de los lineamientos trazados precedentemente.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Con costas.

Devuélvase el depósito obrante a fs. 1. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con los considerandos 1º a 10 del voto de la mayoría, a los que cabe remitir por razón de brevedad.

11) Que cabe recordar que en el precedente “Campillay” (Fallos: 308:789), este Tribunal sostuvo que “cuando un órgano periodístico difunde una información que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no ha de responder por ella en los supuestos en que omite revelar la identidad de los presuntamente implicados, o utilice un tiempo de verbo potencial o, por fin, propale la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente”.

Que con relación a la fuente, esta Corte afirmó que “cuando se adopta esta modalidad se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado” (conf. causas “Granada” Fallos: 316:2394, “Acuña” Fallos: 319:2965, y “Burlando” Fallos: 326:145). Esa modalidad, que comporta un estándar de protección a los medios de difusión (Fallos: 326:145), permite que los afectados por la información resulten beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos –si a ellos se creyeran con derecho– podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión” (conf. causas “Triacca” Fallos: 316:2394 y 2416, “Ramos” Fallos: 319:3428 y “González, Adriana” Fallos: 327:3560). La información debe atribuirse a una fuente identificable y debe tratarse de una transcripción sustancialmente fiel o idéntica de lo manifestado por ella (conf. causas

“Triacca” Fallos: 316:2416; “Espinosa” Fallos: 317:1448, “Ramos” Fallos: 319:2965 y “Menem” Fallos: 321:2848).

Que respecto de la utilización del modo potencial, su verdadera finalidad –señaló este Tribunal– radica en otorgar la protección a quien se ha referido sólo a lo que puede ser, o no, descartando toda aseveración, o sea la acción de afirmar y dar por cierta alguna cosa, de manera que esa pauta no consiste solamente en la utilización de un determinado modo verbal –como el potencial– sino en el examen del sentido completo del discurso, que debe ser conjetural y no asertivo (Fallos: 326:145).

Que en lo que hace a la identidad, esta Corte ha dicho que cuando ella es omitida, se halla ausente la afectación a la reputación (Fallos: 316:2394).

12) Que, como fácilmente puede advertirse, al publicar la información referente al fallecimiento de Leopoldo Jorge Melo, el demandado no cumplió con ninguno de los tres supuestos de la doctrina “Campillay”. En efecto, aquél permitió identificar claramente a Leopoldo Jorge Melo, más allá de que haya aludido literalmente a “Posse Melo”; no utilizó el modo potencial; y omitió citar la fuente pertinente. Con relación a esta última, si el demandado quería preservar su confidencialidad y no incurrir en responsabilidad por la publicación de una noticia que podría resultar falsa o inexacta, debió cumplir con alguno de los otros dos supuestos de la referida doctrina.

13) Que una vez determinado que la información involucrada no encuentra amparo en las pautas establecidas en el precedente “Campillay”, debe examinarse, como se señaló en el considerando 10, si resulta aplicable la doctrina de la real malicia reconocida por este Tribunal (conf. Fallos: 331:1530).

Que dicho estándar sostiene que tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas e inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad y obró con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas (conf. Fallos: 320:1272; 327:943).

14) Que, habida cuenta de que los agravios vinculados con el carácter de figura pública de Leopoldo Jorge Melo sólo ponen de manifiesto meras discrepancias con lo resuelto por los jueces de la causa, a los efectos de examinar la aplicación de la doctrina de la real malicia, y dado el marcado carácter de interés público que el recurrente pretende atribuir a la información publicada, corresponde analizar si se está ante el caso de un particular involucrado en asuntos de interés público.

Que a tal efecto, cabe señalar que el demandado se limitó a sostener que la información publicada sobre su fallecimiento tuvo relación con la investigación acerca de la creación, fundación y crecimiento del diario *Ambito Financiero* como un medio gráfico de comunicación social de reconocida circulación, tiraje y alcance nacional.

Que empero, aun cuando se admitiera que ese contexto presentaba un interés público o general, no se advierte cuál es la conexión que el supuesto suicidio de Leopoldo Jorge Melo pudo tener con dicho contexto. En efecto, la parte demandada puso de relieve que el libro “trató sobre la historia y las particularidades de cuatro empresarios que acumularon un patrimonio importante en los últimos años. Así, describió el nacimiento y crecimiento de las empresas y grupos pertenecientes a Julio Ramos” y otros tres empresarios. Añadió que el objetivo consistía en “poner en conocimiento del público las características personales relevantes de estos empresarios, sus orígenes y la forma en que lograron desarrollar sus empresas hasta alcanzar una considerable fortuna”. Y puntualizó que los cuatro empresarios “elegidos por Majul para este libro son de interés público, en virtud de la importancia y trascendencia de sus emprendimientos empresariales. Sin embargo, la historia del desarrollo económico de Julio Ramos reviste particular interés público, por la naturaleza de su actividad empresarial. En efecto, su crecimiento económico y empresarial se llevó a cabo a través de la creación y el desarrollo del diario *Ambito Financiero*, de público y notorio conocimiento”. Y agregó que “existe un evidente interés público en conocer la vida y las relaciones de personas como Ramos, que día a día influyen en la ciudadanía a través de un medio de comunicación” (ver su contestación de demanda, en especial fs. 33 vta. y 39 vta. del expediente principal).

Que por otro lado, el periodista Marcelo Claudio Dimango, quien colaboró con el demandado en el libro aquí involucrado, afirmó que el objeto de dicho libro era investigar periodísticamente a cuatro

personas que “se caracterizaban por su importancia empresaria, por haber construido sus empresas por su esfuerzo personal [...] Se trata de personajes que en los EE.UU. serían caracterizados como ‘*self-made men*’. Además debían tener una historia interesante que contar [...] por sus hechos. Con la vida de cada uno de ellos se podría haber hecho una película, por tratarse de vidas muy importantes, muy ricas...” (véase su declaración testimonial de fs. 203/206 vta., en especial fs. 204).

Que resulta difícil comprender, pues, cuál es la relevancia pública o el interés general que puede presentar el supuesto suicidio de Leopoldo Jorge Melo en la creación y fundación del diario *Ambito Financiero* entendido como una de las “empresas y grupos pertenecientes a Julio Ramos”, más allá de que aquél haya sido uno de los socios fundadores del referido diario y que haya vendido su parte accionaria a Ramos, hecho que, por lo demás, ocurrió aproximadamente 10 años antes de su fallecimiento y 15 antes de la publicación del libro del que surge la falsa información.

Que las razones expuestas llevan a concluir en que la doctrina de la real malicia es inaplicable.

Que habida cuenta de tal conclusión, no resulta necesario determinar si dicha doctrina es aplicable, o no, cuando la información falsa o inexacta aparece publicada en un libro.

Que sin perjuicio de lo señalado, no cabe soslayar que este Tribunal y la Corte Suprema de los Estados Unidos cuentan con precedentes en los que se ha aplicado la doctrina de la real malicia cuando la información falsa o inexacta ha sido publicada en un libro (ver causa “Morales Solá”, Fallos: 319:2741, y caso “*Wolston v. Reader’s Digest Association*”, 443 U.S. 157).

15) Que la circunstancia de que la publicación de la información falsa aquí involucrada no se encuentre amparada en las doctrinas constitucionales examinadas –“Campillay” y real malicia– no determina que la condena al órgano de prensa sea inevitable, por lo que corresponde examinar si se configuran los presupuestos generales de la responsabilidad civil, es decir, sus reglas comunes, según las cuales basta la simple culpa del agente para comprometerlo por los daños ocasionados a los actores.

Que en ese sentido, cabe retener que este Tribunal ha considerado que la “persona privada” o el “ciudadano privado” goza de una protección más amplia que la que corresponde a un funcionario público. Concretamente, dijo el Tribunal: “[E]n efecto, mientras que para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia (“*New York Times vs. Sullivan*” 376 U.S. 254 del año 1964; “*Herbert vs. Lando*” 441 U.S. 150, 172, 176-1979); en cambio basta la ‘negligencia precipitada’ o ‘simple culpa’ en la propagación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes” (conf. causas “Costa” Fallos: 310:508, “Ramos” Fallos: 319:3428 y “Menem, Amado Calixto” Fallos: 326:2491). Y aclaró que “la razón de tal distinción radica en que las personas privadas son más vulnerables que los funcionarios públicos puesto que éstos tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y porque los particulares necesitan una amplia tutela contra los ataques a su reputación, mientras que los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias” (Fallos: 310:508).

Que en suma, en el *sub lite* se examinan los efectos que sobre la vida privada y los sentimientos de los actores tuvo la falsa noticia acerca del fallecimiento de Leopoldo Jorge Melo, noticia claramente desvinculada de un asunto de interés público o general, para cuya reparación es suficiente la prueba de que el periodista demandado ha obrado con “simple culpa”, lo cual, según puede apreciarse, ha quedado demostrado, sin que el recurrente haya logrado refutar los sólidos fundamentos desarrollados por la cámara en este punto.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación, con el alcance indicado en el considerando 7º, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Devuélvase el depósito obrante a fs. 1. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Luis Miguel Majul**, en su calidad de demandado, representado por el Dr. **Santiago Felgueras**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo civil n° 54.**

SALAS, DINO Y OTROS c/ SALTA, PROVINCIA DE
Y ESTADO NACIONAL s/ AMPARO

DAÑO AMBIENTAL.

Si paralelamente a la elaboración del estudio que determine el impacto ambiental de los desmontes y talas de bosques nativos ordenado por la Corte, el Estado provincial en ejercicio de la jurisdicción local en la materia y del dominio originario de sus recursos naturales (arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional), ha desarrollado políticas públicas ambientales tendientes a instaurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de dichos bosques (ley 7543, decretos 2785/2009 y 2789/2009, creación de la Agencia de Areas Protegidas y de la Agencia de Bosques Nativos), ello evidencia la voluntad política del Gobierno Provincial de superar el conflicto que dio origen al proceso y demuestra un avance significativo de la legislación provincial en lo que concierne a la protección de los bosques nativos, mediante la utilización de diversos instrumentos de gestión ambiental, por lo que corresponde levantar la suspensión ordenada, al haber desaparecido el peligro de daño irreversible que determinó aquella decisión (art. 203 C.P.C.N.).

DAÑO AMBIENTAL.

Si la Corte alcanzó los propósitos perseguidos con la intervención asumida en el pleito iniciado a partir de la acción de amparo tendiente a que se disponga el cese de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos, corresponde que se desprenda del conocimiento de la causa, en la medida en que no corresponde a su competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional en tanto no se presenta un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción y los derechos específicos de los pueblos indígenas que se pretenden hacer valer no sólo se encuentran tutelados en la Constitución Nacional, sino que también en la norma fundamental provincial, y no se ha invocado la existencia de leyes o actos locales, claramente individualizados, que permitan concluir que la cuestión propuesta se torne predominante o exclusivamente federal.

DAÑO AMBIENTAL.

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

corresponde disponer la remisión de las actuaciones relacionadas con las tareas relacionadas con la conservación de los bosques nativos a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta para que examine si la acción de amparo interpuesta corresponde a su competencia originaria en el marco de la previsión contenida en el art. 153, apartado II de la Constitución local o, en su defecto, para que sea asignada al tribunal provincial que resulte competente con arreglo a las disposiciones locales de aplicación.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Un grupo de personas, comunidades indígenas y asociaciones criollas que se individualizan en el escrito de inicio deducen acción de amparo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, contra la Provincia de Salta y el Estado Nacional, a fin de obtener que se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de dicho Estado local, se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta e insanable de las autorizaciones otorgadas a esos efectos y se prohíba otorgarlas en el futuro, se imponga a las demandadas el deber de recomponer y restablecer el ambiente al estado anterior a la producción del daño y, en caso de no resultar ello técnicamente factible, se fije una indemnización sustitutiva a su favor, sin perjuicio de lo que corresponda a otros afectados y al Fondo de Compensación Ambiental creado por la ley 25.675.

Manifiestan que demandan a la Provincia de Salta por no haber cumplido con sus obligaciones legales, tanto por acción como por omisión, al otorgar dichas autorizaciones de desmonte y tala y tolerar las prácticas realizadas en la zona de manera clandestina, lo cual –a su entender– lesiona, restringe, altera y amenaza sus derechos y garantías consagrados en los arts. 16, 17, 29, 31, 41, 42, 75, inc. 17, de la Constitución Nacional, en la Ley General del Ambiente, 25.675, y en los instrumentos internacionales que indica.

Aducen que también se le debe reconocer legitimación pasiva al Estado Nacional ante la falta de control de sus autoridades respecto

de tales prácticas y ante la posibilidad de que incurra en responsabilidad internacional.

Solicitan asimismo la concesión de una medida cautelar por la cual se ordene el cese provisional del desmonte y la tala de bosques nativos en la zona referida durante todo el tiempo que demande la sustanciación de presente *litis*.

A fs. 30/31 se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– 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. 1º, 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.

En primer lugar, pienso que no procede la competencia originaria *ratione personae*, ya que la acumulación subjetiva de pretensiones solicitada por los actores contra la Provincia de Salta y el Estado Nacional resulta inadmisibles, toda vez que ninguno de ellos es aforado en forma autónoma a esta instancia, 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 (doctrina *in re* “*Mendoza, Beatriz*”, Fallos: 329:2316, y “*Rebull*”, Fallos: 329:2911).

En segundo término, tampoco procede tal instancia de la Corte por ser parte una provincia, puesto que es sabido que a tal fin resulta necesario examinar la materia sobre la que versa el pleito, la cual debe revestir naturaleza exclusivamente federal y, a mi juicio, dicha hipótesis tampoco se verifica en autos.

En efecto, el *sub examine* versa sobre el ejercicio del poder de policía ambiental –protección de los bosques nativos–, asunto que se rige sustancialmente por el derecho público local y es de competencia de las autoridades provinciales, de conformidad con los arts. 41, párrafo 3º y 121 y siguientes de la Constitución Nacional (Fallos: 318:992; 323:3859; 329:2280, entre otros).

Al respecto, V.E. ha resuelto que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo aquéllas, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido (Fallos: 318:992).

Tal conclusión es la que debe extraerse de la propia Constitución Nacional, la que, si bien establece que le cabe a la Nación “*dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección*”, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en tal materia (pues se trata de facultades concurrentes), las que no pueden ser alteradas (art. 41, tercer párrafo de la Constitución Nacional).

No empece a ello el hecho de que los actores invoquen 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 y de competencia de los poderes locales.

En consecuencia, dado que la pretensión de los actores 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. dictamen 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).

La solución propuesta 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. (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 Salta.

En tales condiciones 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, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 322:1514; 323:1854; 325:3070), opino que el proceso resulta ajeno a esta instancia.

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 de amparo resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte.

No obstante, en caso de considerar V.E. que concurren los requisitos para dictarla, siempre tiene la posibilidad de disponer la medida cautelar solicitada, según lo previsto en el art. 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires, 19 de diciembre de 2008. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de diciembre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que la presente acción de amparo fue iniciada con el objeto de que se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas

indiscriminadas de los bosques nativos situados en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de la Provincia de Salta; se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta e insanable de las autorizaciones otorgadas a esos efectos y se prohíba otorgarlas en el futuro; se imponga a las demandadas el deber de recomponer y restablecer el ambiente al estado anterior a la producción del daño y, en caso de no resultar ello técnicamente factible, se fije una indemnización sustitutiva a favor de las comunidades indígenas y agrupaciones criollas de la zona, sin perjuicio de lo que corresponda a otros afectados y al Fondo de Compensación Ambiental creado por la ley 25.675.

2º) Que la gravedad de los hechos denunciados por los actores y la clara afectación al medio ambiente que producían aquellas actividades realizadas de manera indiscriminada, exigieron de esta Corte la adopción de las medidas conducentes a la superación del estado de cosas que dio lugar a la promoción del proceso y el diferimiento de la decisión atinente a su competencia para entender en el caso por vía de la instancia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

En el marco del camino emprendido con ese propósito, luego de oídas las exposiciones de las partes sobre la situación denunciada en la audiencia pública celebrada el 18 de febrero de 2009, y con fundamento en el principio precautorio contemplado en la Ley General del Ambiente 25.675 (artículo 4º), el Tribunal dispuso la suspensión de todas las autorizaciones de tala y desmonte otorgadas por el Estado provincial en los cuatro departamentos referidos, como así también su ejecución, hasta tanto se efectúe un estudio que determine el impacto ambiental acumulativo producido sobre el clima, el paisaje, el ambiente en general y en las condiciones de vida de los habitantes, en el que a su vez debía proponerse una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados, identificando márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorando los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras (fs. 313/315).

Tal como fue ordenado, el estudio referido fue realizado por la Provincia de Salta en forma conjunta con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, y con la participación de las comunidades que habitan la zona indicada.

3º) Que paralelamente a la elaboración del estudio ordenado en el *sub lite*, el Estado provincial en ejercicio de la jurisdicción local en la materia y del dominio originario de sus recursos naturales (artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional), ha desarrollado políticas públicas ambientales tendientes a instaurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de los bosques nativos existentes en su territorio.

En tal sentido cabe destacar la sanción de la ley 7543 (B.O., 26/1/2009) que establece las normas de Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos de la Provincia de Salta, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 6º de la ley 26.331, con la finalidad de promover el aprovechamiento racional, la conservación, el manejo sostenible y el desarrollo sustentable de los bosques nativos, armonizando el desarrollo económico, social y ambiental de la provincia, en beneficio de las generaciones actuales y futuras (artículo 2º).

Mediante el decreto reglamentario 2785/2009 (B.O., 13/7/2009), se aprobó el soporte cartográfico para la delimitación de las áreas que corresponden a las diferentes categorías de conservación establecidas en el artículo 5º de la referida ley, y a través del decreto 3676/2009 (B.O., 1/9/2009) se creó en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Económico un Consejo Asesor permanente de consulta y consenso para la evaluación progresiva del Plan de Ordenamiento Territorial del Bosque Nativo, como instancia previa de consideración obligatoria por parte de la autoridad de aplicación. También se creó en la órbita del indicado Ministerio la Agencia Foresto – Industrial como instrumento para promover la forestación y mitigar los impactos ambientales (decreto 4355/2009, B.O., 14/10/2009).

Asimismo, en el marco de actuación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable se crearon la Agencia de Areas Protegidas (decreto 1849/2010, B.O., 13/5/2010) y la Agencia de Bosques Nativos (decreto 3464/2010, B.O., 2/9/2010), como organismos específicos para que actúen como autoridades de aplicación, respectivamente, del Sistema Provincial de Areas Protegidas (ley 7107) y de la ley 7543 de Ordenamiento Territorial en lo referido a la evaluación y aprobación de los aprovechamientos forestales y en los proyectos y planes de manejo integral del bosque nativo.

4º) Que, por otra parte, corresponde poner de resalto la sanción del decreto provincial 2789/2009, mediante el que se dispuso que la

delimitación definitiva y la categorización final de las áreas boscosas que ocupan o utilizan las comunidades indígenas se decidirá una vez realizado el relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de esas tierras (artículo 2º), tarea que de acuerdo al artículo 3º de la ley nacional 26.160, se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas; y que, mientras tanto, dichas áreas serán consideradas de manera precautoria en la Categoría II (amarillo), conforme el artículo 5º de la ley local 7543, prohibiéndose la ejecución de las autorizaciones de desmonte pendientes de realización en aquellas propiedades incluidas en esa categoría y que se encuentren sometidas a un reclamo formal por parte de tales comunidades (artículo 1º).

A su vez, en el artículo 3º del decreto el Estado provincial expresamente dispuso: “Encomiéndose a la Autoridad de Aplicación de la ley 7543, adoptar las medidas necesarias y conducentes para asegurar el efectivo cumplimiento del presente”.

5º) Que el contenido de las normas citadas evidencia la voluntad política del Gobierno Provincial de superar el conflicto que dio origen a este proceso, y demuestra un avance significativo en la legislación provincial en lo que concierne a la protección de los bosques nativos, mediante la utilización de diversos instrumentos de gestión ambiental.

En consecuencia, al no subsistir las circunstancias que determinaron el dictado de la medida cautelar dispuesta a fs. 313/315, corresponde levantar la suspensión allí ordenada, pues ha desaparecido el peligro de daño irreversible que determinó aquella decisión (artículo 203 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Los titulares de los permisos que se encontraban alcanzados por aquella suspensión, otorgados por las autoridades locales con anterioridad a la vigencia de la ley 7543, deberán adecuarse a las prohibiciones y limitaciones emergentes de esa norma, de su decreto reglamentario 2785/2009 y de las demás disposiciones complementarias, de acuerdo a la categoría de conservación (color rojo, amarillo o verde) que le corresponda a la zona en la que se encuentren ubicados los proyectos autorizados.

6º) Que no empecen a tal decisión los cuestionamientos efectuados por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación al Ordenamiento Territorial de Salta, pues las mismas observaciones formuladas en esta causa fueron realizadas por la Autoridad Nacional de Aplicación en el expediente administrativo que tramita en la referi-

da Secretaría a los fines previstos en el artículo 33 de la ley 26.331, en cuyo marco –según se desprende del memorando SsPyPA n° 790/2010 obrante a fs. 503/505 del expediente CUDAP:TRI-JGM:0015628/2010– se pudieron superar aquellas diferencias, salvo la relativa al sistema propuesto para tratar las autorizaciones en el artículo 22 del decreto 2785/09, reglamentario de la ley provincial 7543. Sin perjuicio de ello –se expresa en el citado memorando– se continúa trabajando en la presentación de planes de manejo y conservación, comenzando a implementar la ley y acciones concretas sobre los bosques para propender a su manejo sustentable.

Al ser ello así, frente al éxito obtenido por el organismo nacional en sede administrativa, corresponde que, en ejercicio de las facultades que le confiere su condición de Autoridad de Aplicación Nacional de la ley 26.331, continúe realizando las gestiones necesarias por esa vía a fin de garantizar el respeto de los presupuestos mínimos en la materia y de promover junto al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) que exista un nivel de coherencia entre las categorías de conservación que establezcan aquellas jurisdicciones que comparten ecorregiones (artículo 6° del decreto 91/2009, reglamentario de la ley 26.331); máxime cuando la cuestión planteada en este pleito se ciñe a los cuatro departamentos individualizados en el considerando 1°, y el sistema contemplado en el citado artículo 22 del decreto 2785/09 rige en toda la provincia.

En virtud de lo expuesto, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación deberá encauzar el ejercicio de sus atribuciones por la vía indicada y, por consiguiente, se dispondrá el cese de la participación que le fue conferida en estas actuaciones a fs. 313/315.

7°) Que en las condiciones indicadas, esta Corte considera que se han alcanzado los propósitos perseguidos con la intervención asumida en el pleito y, consecuentemente, el Tribunal debe desprenderse del conocimiento en la causa, en la medida en que no corresponde a la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

En efecto, en el precedente de Fallos: 318:992, se dejó bien establecido que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así

como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido.

Tal conclusión procede de la Constitución Nacional, la que, si bien establece que le cabe a la Nación “dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección”, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (artículo 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional; Fallos: 318:992, considerando 7º y “Verga, Angela y otros c/ Tagsa S.A. y otros”, Fallos: 329:2280).

8º) Que en ese marco se inscribe la sanción de la ley 26.331, en cuanto establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos; fija los objetivos de las políticas de carácter nacional vinculadas con esa cuestión específica; dispone que será autoridad de aplicación el organismo que la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires determinen para actuar en cada jurisdicción, establece cuáles son sus facultades, entre las que cabe destacar, con particular atinencia a la cuestión planteada en el *sub lite*, el otorgamiento de autorizaciones para todo desmonte o manejo sostenible de bosques nativos, reconociendo y respetando los derechos de las comunidades indígenas originarias del país que tradicionalmente ocupen esas tierras (artículos 1º, 3º, 10, 13 y 19).

Dicho cuerpo normativo en el capítulo 10 regula el régimen de las sanciones aplicables frente al incumplimiento de la ley, y allí reconoce expresamente que el poder de policía en la materia le corresponde a cada una de las jurisdicciones (artículo 29), estableciendo que es atribución de la autoridad de aplicación de la jurisdicción respectiva la realización de tareas para la recuperación y restauración de los bosques nativos que hayan sido afectados por incendios o por otros eventos naturales o derivados de la acción humana que los hubieren degradado, manteniendo la categoría de clasificación que se hubiere definido en el ordenamiento territorial previsto en el capítulo 2 de la ley (artículo 40).

A su vez, el artículo 41 dispone que también le compete a las autoridades de aplicación de cada jurisdicción determinar el plazo en que los aprovechamientos de bosques nativos o desmontes preexistentes en las áreas categorizadas I y II (sectores de muy alto y de mediano

valor de conservación, respectivamente –artículo 9º–) adecuarán sus actividades a lo establecido en la ley.

9º) Que, por otro lado, la Ley General del Ambiente, 25.675, ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley.

En ese marco es preciso poner de resalto que su artículo 7º establece que “La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos en que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal”, circunstancia que no se configura en el *sub examine*.

Por su parte, en consonancia con esa disposición, el artículo 32, primera parte, ha establecido que “La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia”.

10) Que las disposiciones constitucionales y legales citadas, encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio (causa “ASSUPA c/ San Juan, Provincia de y otros”, Fallos: 330:4234, entre otros).

11) Que mal podría concluirse entonces que la presente causa corresponde *ratione materiae* a la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, en tanto, por un lado, no se presenta en el caso un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción, y, por el otro, tal como quedó establecido en la sentencia dictada a fs. 1297/1299, los derechos específicos de los pueblos indígenas que se pretenden hacer valer no sólo se encuentran tutelados en la Constitución Nacional, sino que también en la norma fundamental provincial, y no se ha invocado la existencia de leyes o actos locales, claramente individualizados, que permitan concluir que la cuestión propuesta se torna predominante o exclusivamente federal.

12) Que sin perjuicio de señalar que este Tribunal ha justificado suficientemente la intervención asumida en la causa, como así también la adopción de las medidas dispuestas con fundamento en el principio precautorio, lo cierto es que la determinación judicial del recto alcance del orden legal provincial no puede resultar de ninguna manera *thema decidendi* de este Tribunal por la vía intentada, a riesgo de alterar la distribución de competencias propia del sistema federal de gobierno (artículos 5º y 121 de la Constitución Nacional). El respeto a las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versen sobre aspectos propios de su derecho público, y ello es lo que determina la incompetencia de esta Corte para intervenir en el proceso por la vía prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, sin perjuicio, claro está, de que las cuestiones federales que también pueda comprender este litigio sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 308:2057, 2467 y 2564; 310:295, 1074, 2308 y 2841; 311:1791; 312:282, 943 y 1297; 314:94 y sus citas).

Si por la vía intentada, se le reconociese a la jurisdicción originaria de esta Corte la extensión que se le pretende atribuir, la justicia nacional habría realizado por su facultad de examen y el imperio de sus decisiones, la absorción completa de los atributos primordiales del gobierno de los estados (arg. Fallos: 141:271; 318:992).

13) Que en esas condiciones, sólo resultaría justificada la competencia originaria de este Tribunal *ratione personae*, si se llegase a la conclusión de que el Estado Nacional debe ser parte en el proceso; extremo que exige desentrañar si, más allá de que ha sido nominalmente demandado, cabe considerarlo parte sustancial en la cuestión planteada.

En este aspecto, cabe señalar que no se advierte y tampoco se denuncian cuáles serían los actos, o las omisiones –por cierto genéricas– que se imputan al Estado Nacional en orden a la previsión constitucional contenida en el artículo 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y, particularmente la relación que guardarían con el objeto principal de la demanda.

Por último, tampoco se observa con claridad la responsabilidad que podría caberle al Estado en el marco del “proceso de solución amistosa

ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (conf. causa “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de y otro”, Fallos: 328:3555); a lo que cabe agregar que –según surge de fs. 47 del expediente administrativo 1007-21045/2010-1 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de Salta– la provincia ha firmado acuerdos con los criollos y los pueblos originarios ocupantes de los lotes 14 y 55 del departamento Rivadavia que fueron objeto del referido proceso ante el organismo internacional indicado, tendientes al ordenamiento de tierras y a la entrega de títulos comunitarios, de modo que en lo que concierne a esta cuestión tampoco resulta conducente la presencia del Estado Nacional en el *sub lite*.

14) Que más allá de las afirmaciones genéricas que se realizan en el escrito inicial, relacionadas con la tolerancia del Estado Nacional en relación a las autorizaciones de desmontes y talas de bosques nativos otorgadas por la provincia, lo cierto es que la actora no logra concretar actos u omisiones en que pudiesen haber incurrido las autoridades nacionales, en temas en los que se les debiese atribuir una participación o responsabilidad directa (Fallos: 322:190).

De tal manera, no aparece configurada la exigencia de que aquél sea parte en sentido sustancial, en la medida en que no se advierte que se le pueda atribuir una vinculación con la cuestión que surja manifiesta de la realidad jurídica más allá de las expresiones formales usadas por las partes (arg. Fallos: 313:1681; 316:2705).

El eventual ejercicio por parte de la Nación de facultades relacionadas con el medio ambiente, sustentadas en la responsabilidad general en orden a la obligación de evitar que se causen daños ecológicos, no resulta suficiente para atribuirle el carácter que se pretende, ya que su responsabilidad de carácter general al respecto, no permite involucrarla a tal extremo, de manera obligada, en las consecuencias dañosas que pudieran producirse con motivo de hechos extraños a su intervención (arg. Fallos: 312:2138).

15) Que en las condiciones expuestas, tampoco se advierte la necesidad de disponer la intervención de la Universidad de Buenos Aires en los términos requeridos a fs. 390 y 1284.

16) Que el estado procesal de las actuaciones no obsta 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 algu-

no, 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).

Sin perjuicio de ello, 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 L.915.XLII “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 a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta para que examine si la acción de amparo interpuesta corresponde a su competencia originaria en el marco de la previsión contenida en el artículo 153, apartado II de la Constitución local o, en su defecto, para que sea asignada al tribunal provincial que resulte competente con arreglo a las disposiciones locales de aplicación.

Por ello, y de conformidad con lo oportunamente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal a fs. 33/35, se resuelve: I. Levantar la suspensión dispuesta en el punto III de la parte dispositiva de la sentencia de fs. 313/315. Los titulares de los permisos que se encontraban alcanzados por aquella suspensión, otorgados por las autoridades locales con anterioridad a la vigencia de la ley 7543, deberán adecuarse a las prohibiciones y limitaciones emergentes de esa norma, de su decreto reglamentario 2785/2009 y de las demás disposiciones complementarias, de acuerdo a la categoría de conservación (color rojo, amarillo o verde) que le corresponda a la zona en la que se encuentren ubicados los proyectos autorizados. II. Disponer el cese de la intervención de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. III. Denegar el pedido de intervención de la Universidad de Buenos Aires efectuado a fs. 390 y reiterado a fs. 1284. IV. Declarar que esta causa no es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. V. Remitir las actuaciones a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta a los efectos indicados en el considerando 16. Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General.

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

Parte actora: **Dino Salas, por derecho propio y en representación de la Congregación Wichi San Ignacio de Loyola; Miguel Montes y Mario Aparicio, por**

derecho propio y en representación del Consejo de Organizaciones Wichi Zona Bermejo; Mario Ferreyra, por derecho propio y en representación de la Comunidad Fwiñol Carboncito; Estefanía López, por derecho propio y en representación de la Comunidad Misión San Francisco; Gumercinda Mónica Romero, por derecho propio y en representación de la Comunidad Indígena Guaraní Estación Tabacal; Bautista Frías, por derecho propio y en representación de las Comunidades Wichi Zopota y El Escrito; Pedro Segundo, por derecho propio y en representación de la Comunidad Wichi San José-Chustaj Lhokwe; Eduardo Rivero, por derecho propio y en representación de la Comunidad Misión Wichi Chowayuk; Roque Miranda, por derecho propio y en representación de la Comunidad Hoktek T'oi del Pueblo Wichi y Mónica Modesta Villada, por derecho propio y en representación de la Asociación de Pequeños Productores del Chaco Salteño; todos con el patrocinio letrado de los Dres. Alicia Beatriz Oliveira y Raúl Gustavo Ferreyra.

Parte demandada: Provincia de Salta, representada por el señor Fiscal de Estado, doctor Ricardo N. Casali Rey, con el patrocinio letrado de los doctores Edgardo César Martinelli, Guillermo Julio Borda y Pablo M. Garat.

Estado Nacional – Jefatura de Gabinete de Ministros – Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, representado por su apoderada, doctora Susana Beatriz Pérez Vexina, con el patrocinio letrado del doctor Enrique G. Mabromata y Ana Florencia Salvatelli.

Amicus Curiae: Fundación Ambiente y Recursos Naturales, representada por su apoderada, doctora María Eugenia Di Paola; Fundación Greenpeace Argentina, representada por su apoderado, doctor Martín Prieto; Fundación Vida Silvestre Argentina, representada por su apoderado, doctor Joaquín Emilio Zappa; con el patrocinio letrado de las doctoras Carina Quispe y Gabriela Vinocur.

Facultad de Agronomía de la Universidad de Buenos Aires, representada por su Decano Ing. Agr. Lorenzo R. Basso, vicedecano, Ing. Juan José Grigera Naón.

Fundación Para el Desarrollo Sostenible del NOA (FUNDESNOA), representada por su apoderado, doctor Hugo Francisco Sosa Catala.

Terceros interesados: Asociación de Productores Foresto Industriales y Comerciales de la Provincia de Salta (APROFICSA) y Centro de Obrajeros del Norte, representadas por su apoderado, doctor Julio Osvaldo Chavez, con el patrocinio letrado de la doctora Claudia Zamar.

César Raúl Mochon, representado por su apoderado, doctor Jorge J.P. Vicent.

CARNIEL, LEANDRO ATILIO
s/ SUCESIÓN s/ NULIDAD ACTO JURÍDICO E INCLUSIÓN DE BIENES

PRESCRIPCIÓN.

El razonamiento del tribunal incurre en una petición de principio si a pesar de haber admitido como válido el argumento de la alzada atinente a que la actora

había tomado conocimiento “efectivo, pleno y cabal” de la existencia de actos simulados con la incorporación de diversas escrituras en el expediente sucesorio de su madre y a que la acción de simulación no se encontraría prescripta (art. 4030 del Código Civil), igualmente llegó a la conclusión de que la pretensión deducida se encontraba fenecida en razón de que habían transcurrido más de diez años desde el fallecimiento del causante; tal interpretación –que se sustenta en que la acción de simulación es meramente instrumental y que lo que importa es el plazo de prescripción de la acción principal– resulta objetable porque la circunstancia de que una acción sea instrumental no significa que no tenga entidad autónoma.

SIMULACION.

Corresponde revocar la sentencia si, al aplicar el plazo decenal de prescripción que corresponde a la acción de colación (art. 4023 del Código Civil), el *a quo* ha prescindido de los principios que rigen en materia de prescripción aplicables a la acción de simulación y le ha cerrado a la demandante la posibilidad de atacar los negocios jurídicos fraudulentos, cuando está admitido en la causa que la parte no estaba en condiciones de impugnar dichos actos simplemente porque desconocía las irregularidades llevadas a cabo en la transmisión del patrimonio de su padres a favor de la persona jurídica que controlaban sus hermanos.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, que hizo lugar a la defensa de prescripción articulada en esta causa, se interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la presente queja.

– II –

En lo sustancial, la Corte local detectó la coexistencia en autos de tres diferentes acciones acumuladas (simulación, reducción y colación). Asimismo, habida cuenta de que éstas apuntarían a defender la integridad de la porción hereditaria de doña Aliche Carniel, y dado que el fallo de segunda instancia dispuso el reintegro de bienes al acervo hereditario, estimó que –más allá de la ausencia de una calificación jurídica específica– aquél contiene la manda de colacionar.

Luego de recorrer distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, apreció que, tanto en el marco del plazo decenal aplicable en casos de colación y reducción, como en el bienal que regiría para la simulación, y aún cuando se entienda que este último debe correr desde el conocimiento efectivo por parte de la afectada (en la especie, 8/3/1989), la solución no debería variar. Para así hacerlo, adhirió a la idea de que, al constituir la simulación una acción de medio, está atada inexorablemente a otra acción principal, por lo que la circunstancia de hallarse prescripta la acción “madre” (en el caso, la de colación), deriva en la inviabilidad de la pretensión instrumental. En esta línea –con cita de los arts. 3953, 4023 y su nota–, indicó que la posibilidad de colacionar decae a los diez años de fallecido el autor de la sucesión, teniendo en cuenta que el instituto en cuestión siempre responde a una exigencia perentoria de la seguridad jurídica, y protege la buena fe de quienes, frente a relaciones jurídicas aparentes, contratan confiando en la existencia de un orden de derecho cierto y estable.

Con tal sustento, y considerando que la actora interpuso su demanda pasados más de 17 años de la muerte de su padre, sin que hayan concurrido circunstancias suspensivas o interruptivas, concluyó por mayoría, que la interpretación normativa hecha por la Cámara resulta errónea.

– III –

La apelante invoca la existencia de cuestión federal, pues entiende que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de preceptos de esa índole y la decisión –que la afectaría ilegítimamente en los planos de la defensa, propiedad e igualdad–, ha sido adversa al derecho invocado. Ubica en esta área la exégesis realizada por los jueces, por vulnerar y privar de contenido a todo el sistema de protección del heredero y de los terceros, establecido en el Código Civil con los alcances propios del orden público.

Alega también que la sentencia del Superior Tribunal provincial no constituye una derivación del derecho vigente, tornándose así en arbitraria.

Parte de considerar aplicable al caso el tratamiento que el art 4030 concede a la acción de simulación; y de enfocar a la prescripción como un resorte de aplicación restrictiva, cuyos plazos corren una vez cono-

cidos los actos supuestamente viciados. De ello colige que la demanda fue iniciada en tiempo propio, por ser un hecho adquirido con carácter firme, que la actora supo de esos actos –que califica como fraudulentos, simulados, nulos e inexistentes–, recién a partir de la presentación de los instrumentos que dan cuenta de su celebración, en el sucesorio de su madre. En este orden, referirá más adelante un precedente donde se juzgó que, si bien el art. 3953 del Código Civil toma como referencia la apertura de la sucesión, ello no es óbice para que el heredero –que demanda la nulidad por simulación, debiendo asumirse como un verdadero tercero–, pueda demostrar que se anotició con posterioridad.

Cita jurisprudencia según la cual, con la reforma que la ley 17.711 introdujo en el art. 3604, la previa deducción de la simulación constituye un presupuesto lógico. De ello deduce que debe observarse la preceptiva propia de dicha acción, pues lo contrario traería aparejada la derogación del esquema previsto a su respecto, que siempre estará al servicio de otras acciones sujetas a plazos disímiles. Por ende, preconiza que –de considerarse que no estamos ante una sucesión indivisa– debe aplicarse la prescripción bienal, desde la toma de conocimiento de los vicios acusados.

Critica al fallo por hacer una interpretación que vulnera los principios propios de la materia, altera la finalidad tenida en vista por el legislador y ampara el actuar antijurídico de los demandados, circunstancia que el ordenamiento jurídico no puede avalar.

Afirma haber planteado la nulidad de una serie de actos, por lo que el tribunal tendría que haber determinado si esos actos estaban o no viciados o si tenían existencia jurídica. Luego, según las respuestas que se dieran, debió definir si regía un término para interponer la acción, pues si se tratase de actos inexistentes o pasibles de nulidad absoluta, aquélla resultaría imprescriptible.

Reprocha que se haya omitido considerar el estado de indivisión hereditaria, en orden a la aplicación del plazo veinteñal y la imprescriptibilidad del art. 3460 del Código Civil. Pone de manifiesto el error en que se habría incurrido, al apreciar que en la demanda se acumularon la colación y la simulación,

Indica, asimismo, que la Corte rionegrina ha excedido los límites de su jurisdicción, sobre todo porque lo relativo a las acciones recién

mencionadas no fue propuesto a la Cámara, quedando por ende fuera de los límites de la actuación del Superior Tribunal; como también, porque éste terminó por expresar una discrepancia con el encuadre jurídico hecho por su inferior, más allá de los límites que le impone el art. 286 del Código formal de la provincia.

Sostiene que esta causa no puede identificarse sin más con una colación o reducción, por ser una acción compleja, en tanto no ha existido una donación por parte del causante a sus herederos, sino una transferencia nula a favor de una sociedad familiar creada fraudulentamente. De tal suerte, dice, para la recomposición del patrimonio del causante es necesario recurrir a declaraciones de nulidad y simulación que no encuadran en las previsiones de los arts. 3601 y 3604 del Código Civil.

Por otro lado, vuelve sobre el recurso extraordinario interpuesto contra el primer pronunciamiento del Superior Tribunal, que había anulado la sentencia de la Cámara de Apelaciones, por haberse fundado en la inexistencia de los actos jurídicos impugnados, aunque ésta no habría sido planteada, alterando así los términos de la litis.

En este capítulo, requiere que se tengan en cuenta los agravios presentados en aquella ocasión, en torno a la acción de inexistencia que pretende haber instado en el escrito inicial. Reprocha aquí que la Corle local haya desconocido esa circunstancia, además de adoptar un temperamento que fulmina una de las herramientas básicas de la judicatura, como es el principio *iura novit curia*, con olvido de su propia doctrina legal.

– IV –

Primeramente debo señalar que, sin lugar a dudas y contrariamente a lo que parece creer la recurrente, el caso versa sobre la hermenéutica de normas de índole eminentemente común, como son las contenidas en el Código Civil (art. 15 *in fine* de la ley 48).

Esta circunstancia concatena con la inveterada enseñanza de V.E. en cuanto a que, como regla, la forma en que los tribunales provinciales ejercen su ministerio a nivel del derecho procesal, local o común, no es susceptible de revisión federal, dado que este remedio no tiene por objeto sustituir a los magistrados de la causa en la decisión de conflic-

tos propios de su esfera ni abrir una tercera instancia ordinaria para debatir tenias ajenos a la competencia extraordinaria de esa Corte, excepto que se constate una manifiesta arbitrariedad o una restricción indebida del derecho de defensa (arg. Fallos: 315:2364; 317:116; 323:629; 324:2509 y 3805; 327:608; 328:3922, 4769 y 4801, 329:4659, entre muchos otros).

En esa línea, si se tiene en cuenta el asunto específico objeto de discusión, la situación de autos no se encuentra regida, como se adelantó, por preceptos de índole federal, desde que la prescripción configura una típica materia de hecho, prueba y derecho común; condición que la excluye –salvo aquellos supuestos excepcionales que, en mi criterio, no se dan en la especie–, de la intervención correctiva acotada que incumbe a V.E., en el marco del recurso extraordinario (Fallos: 321:85, 322:1888 consid. 15 y 16; 327:2074 –por remisión al dictamen de esta Procuración–, entre otros).

No cabe, pues, sino ceñirse a examinar lo atinente a la arbitrariedad esgrimida.

– V –

En esa tarea, es menester estudiar previamente la viabilidad del pedido orientado a la consideración del recurso extraordinario deducido a fs. 1114/1127 del principal, a cuya foliatura me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario (v. fs. 1544/1583 [acáp. VI. 4-]).

Dicha impugnación se dirigió contra la resolución dictada a fs. 1096/1110, en la que el Superior Tribunal de Río Negro excluyó del proceso –por exceder el objeto de la demanda– la problemática de la inexistencia de los actos jurídicos objetados, base principal sobre la que la Alzada había hecho pie para sostener la imprescriptibilidad de la acción (v. fs. 974/989). Como se adelantó en el punto III, la Corte provincial interpretó que, al consagrar la inexistencia de los actos jurídicos impugnados, la Cámara modificó la pretensión de nulidad articulada por la actora –en torno a la cual se desplegaron las alegaciones y defensas de la contraria– violando así el principio de congruencia (v. fs. 974/989 y 1096/1110).

Pues bien, ese requerimiento ostenta, a mi juicio, tres profundas anomalías que lo privan de eficacia, a saber

1º) De las expresiones utilizadas a fs. 1577 vta. segundo párrafo, 1578 último párrafo y 1580 segundo párrafo, se desprende que la Sra. Carniel persigue equivocadamente, dar vida a una apelación cuyo rechazo ha devenido firme. Es que –salvo las previsiones legales específicas, que no alcanzan al remedio extraordinario–, el esquema ritual federal no reconoce recursos eventuales, diferidos o subsidiarios.

Así las cosas, estimo que la predicha formulación adolece de un primer defecto, desde que el intento de tener a la impugnación de fs. 1114/1127 como latente y susceptible de ser tratada *a posteriori*, no puede prosperar.

Es que la interesada no está autorizada a prevalerse de aquellos agravios. En cambio, debería –en este estadio– demostrar el vínculo esencial entre la decisión final y la cuestión planteada oportunamente –de modo que subsista el interés en su consideración–, además de expresar las críticas que, en ese ámbito, le merezca la estructura lógica del fallo dictado a fs. 1489/1519; recaudo que, estimo, no cumplió con un mínimo rigor.

2º) Cabe puntualizar aquí que a fs. 1577 vta. cuarto párrafo, la actora indica que los jueces locales no hicieron lugar a la apelación de fs. 1114/1127, y que lo propio aconteció –ante la índole no definitiva de la decisión atacada–, con el consiguiente recurso directo deducido por ante V.E.. El primer dato, se atiene a la constancia de fs. 1219/1222, pero el último no puede corroborarse con los antecedentes que me fueron remitidos, entre los que no figura el contenido de la queja individualizada como “C N° 1503, L. XXVI, resuelta el 27/2/2001”.

Al contrario, según surge de la consulta informática efectuada en esta sede, dicho expediente ingresó el 6 de noviembre de 2000; con lo cual, parece no guardar relación con lo resuelto a fs. 1219/1222, que lleva fecha posterior (23 de abril de 2001), ni con el sello de recepción –también posterior– que se desprendería de la copia agregada a fs. 243/255 de este legajo (11 de mayo de 2001). Por otra parte, el dictamen emitido oportunamente por esta Procuración –único elemento indubitable agregado a fs. 1250/1253–, entre otras consideraciones que hizo suyas V.E., da cuenta de que la denegatoria de fs. 1219/1222, se hallaba consentida (v. fs. 1250 tercer párrafo y fs. 1252).

A mi modo de ver, y dadas las particularidades del caso, esa inconsistencia provoca que la suficiencia de la queja, en este punto, se resienta seriamente.

3º) Desde otra perspectiva, el trámite –que según la Sra. Carniel, ha permanecido pendiente a las resultas de la sentencia definitiva y debe retomarse ahora–, puede tenerse por concluido con el progreso de la caducidad interpuesta a fs. 1135; cuyo abordaje –si bien constituye una vicisitud netamente procesal–, interpreto habilitado, en la medida en que afecta directamente a la vía extraordinaria.

En efecto, contra la pertinente interlocutoria, la actora también interpuso apelación federal, que no fue concedida, corriendo igual suerte el recurso de hecho incoado ante V.E. (v. fs. 1171/1173, 1193/1207, 1223/1226 y 1250/1252).

Sin embargo –más allá de la compleja situación suscitada a partir del juzgamiento llevado a cabo a fs. 1219/1222, respecto de una instancia que había finiquitado en virtud de la caducidad–, a la hora de atacar al pronunciamiento final, la interesada olvida hacer cualquier referencia a la perención decretada oportunamente, y no esgrime ninguna impugnación concreta a ese respecto, omisión que no es dable tener por subsanada con la ulterior acotación –hecha, por lo demás, al sólo efecto narrativo– que se introduce a fs. 433/434 *supra* de este cuadernillo (punto 3.3.4.- del capítulo “III.- Los antecedentes del caso”).

Entiendo, entonces, que –ante la falta de agravios actuales y se esté o no de acuerdo con la solución allegada a fs. 1171/1173– el pronunciamiento emitido al respecto ha devenido firme. Y, con ello, se ha clausurado la instancia recursiva abierta a partir de la apelación de fs. 1114/1127, provocando que la nulidad dispuesta a fs. 1096/1110 haya entrado en autoridad de cosa juzgada en aquel momento (art. 318 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En suma, tengo para mi que, ante las exigencias propias de este remedio de excepción, la interesada debió aclarar exhaustivamente y explicar satisfactoriamente todas y cada una de las deficiencias antes reseñadas. Luego, la ausencia de una explicitación plausible en estos campos, basta –en mi criterio– para poner de manifiesto la insuficiencia de la apelación federal.

– VI –

De cualquier modo, si a pesar de la inconsistencia aludida y de la naturaleza netamente común de la cuestión, se accediese a estudiar –en

beneficio del derecho de defensa— el fondo de la pretensa impugnación de fs. 1544/1583 (acáp, Vl. 4.-), debo decir que la encuentro carente de una mínima solidez.

Tal como lo pone de relieve la codemandada “Hotel Nahuel Huapi S.A.” a fs. 1596, aunque el recurso extraordinario acusa una supuesta omisión de tratamiento del vínculo entre prescripción y acto inexistente, lo cierto es que en su desarrollo, se arguye constantemente con la nulidad. Ni siquiera se expresa concretamente cuáles serían las actuaciones inexistentes, ni se revelan —respecto de cada acto puntual— los motivos que llevarían a mantener esa calificación.

Asimismo, pienso que los agravios no consiguen establecer de qué manera el pronunciamiento en crisis se aleja francamente de las constancias del expediente o de una inteligencia viable de los institutos implicados en el diferendo. Tampoco se demuestra cómo esos antecedentes podrían imponer a la acción instaurada un contenido específico distinto al atribuido por el superior tribunal de la causa.

Aprecio que en autos era menester llevar a cabo esas aclaraciones, así como una justificación particularmente exhaustiva, puesto que:

(a) más allá de la contradictoria aseveración volcada a fs. 883 *in fine* y vta., el discurso de la actora, al pugnar por la consagración de la inexistencia en detrimento de la nulidad, implica negar la equivalencia entre ambas nociones, tanto en lo conceptual como en sus derivaciones prácticas.

(b) la proposición principal de los jueces en este terna fue que, conforme a las piezas iniciales, la acción intentada en autos no busca una condena por la inexistencia de los actos atacados sino por su nulidad, en función de la simulación que éstos habrían entrañado. Apunta, por tanto, no al *nomen iuris* sino a la configuración misma de la *causa petendi*, cuya alteración está vedada a los jueces.

(c) la predicha premisa no resulta irrazonable, si se mira a la redacción impresa:

i.- al escrito introductorio y su complemento de fs. 185/187, donde se habla asertivamente de actos jurídicos nulos (v. esp. fs. 79 vta. acápite i); 87 vta. ap. b), 161 cap. III; 161 vta. cap. VIII; 165 ap. o); 185 cap. I y enunciación hecha a fs. 1553 y vta.).

ii.- a la apelación contra la sentencia de primera instancia donde se refiere insistentemente a la nulidad como objeto de la demanda y a la nulidad absoluta como base de la imprescriptibilidad (v. esp. fs. 870 vta., 871 vta. punto 9, 875 vta., 887 *in fine*, 889, 890 y 892). Y si bien se predica sobre la inexistencia sólo a fs. 876, como mera posibilidad para el caso del acto instrumentado en la escritura 860, antes se había dicho claramente: “[e]sta parte articuló la nulidad absoluta de los actos jurídicos instrumentados a través de la escritura pública Nro. 860” (fs. 875 vta. v. fs. 883).

(d) la inexistencia no se ha alegado oportunamente en conexión con la prescripción (v. esp. fs. 88).

(e) la declaración en cuanto a que el objeto de la acción es la nulidad, fue consentida por la ahora recurrente (fs. 181 consid. 6; y 1124 vta. último párrafo). Plasmada de ese modo la secuela del juicio, estimo que estamos ante una reflexión tardía de la interesada, que pugna por desandar situaciones generadas a partir de su propio desempeño, al par de consolidadas procesalmente. Y lo hace pretextando la utilización de la regla *iura novit*, en una postura contradictoria que este Ministerio no puede avalar, desde que en el fondo, viene reprochando a los jueces haberse atendido –en un plano de derecho formal y común– a la configuración específica de una demanda y de unas defensas diseñadas por ella misma.

Por ello, ponderando que la aplicación de aquel principio es, básicamente, resorte privativo de los jueces de la causa, y que el pasaje del recurso dedicado a este tema (fs. 1577 vta./1582 acáp. VI.4), no satisface la carga de develar la arbitrariedad del discurso jurisdiccional, estimo que –aún si no se coincidiera con la solución que propicio en el punto V–, este aspecto del recurso debe desestimarse.

– VII –

En tal situación, corresponde pasar a examinar los agravios vertidos contra la sentencia dictada a fs. 1489/1519.

Ante todo, y en sintonía con lo que vengo diciendo, he de señalar que la objeción referida a la preterición de la posible inexistencia de los actos impugnados –que, según la actora, integraría los términos de la litis–, carece de sustento. Es que, a la luz de la directiva sentada

por el Superior Tribunal a fs. 1096/1110, sus miembros no estaban habilitados para avanzar en ese campo sin incurrir, de una parte, en una grave autocontradicción y, de otra, en una incongruencia notable respecto de los antecedentes de la causa. Por lo demás, conforme a la visión que expuse en el punto V, ese capítulo se encuentra definitivamente cerrado (v. también punto VI).

Asimismo, me parece desacertada la crítica atinente a la extralimitación en la competencia propia del recurso de casación diseñado por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de Río Negro. Además de que al estudiar la sentencia no percibo, como si lo hace la recurrente, que la Corte provincial haya ingresado en el tema fáctico relativo al momento en que se conocieron los actos cuestionados (v. esp. fs. 1499 vta. penúltimo párrafo y 1516 vta. *in fine*), tampoco advierto demostrado que la revisión de la exégesis legal efectuada por la Cámara, implique una virtual prescindencia de la norma local.

De otra parte, la Sra. Carniel asevera que el fallo de segunda instancia no contiene referencia alguna a la colación o a la reducción. Mal podría, dice, imputársele error ni acogerse ninguna observación en lo que concierne a tales acciones, cuando ellas no fueron invocadas frente a la Alzada, quedando así marginadas de la jurisdicción del superior. Ese argumento olvida, sin embargo, que en dicha ocasión la nombrada fue la única apelante, ya que –como regla– sus contrarios no estaban autorizados para atacar una sentencia que les había sido favorable. Silencia también que, en ese marco –y al par de las alegaciones específicas que en ese sentido se desplegaron ante la Corte local– el code mandado Aldo Carniel, había actualizado ante la Cámara la defensa de prescripción por él planteada, aclarando que ella fue dirigida no sólo contra la nulidad sino también contra las acciones de colación y reducción. (fs. 901 tercer párrafo y 905 vta. segundo párrafo).

De tal manera, y en los estrechos márgenes que traza la doctrina de V.E. a la que ya aludí en el punto IV párrafo segundo, entiendo que no estamos en condiciones de desautorizar lo decidido, desde el ángulo que propone este aspecto de la apelación.

– VIII –

Igual suerte deberían correr, según creo, las alegaciones atinentes a la acumulación de acciones. Así, la interesada niega la configuración

de ese escenario procesal, buscando restringir la demanda a un estricto ataque por nulidad; pero al mismo tiempo, alude a una pretensión compleja, que superaría a la supuesta conformación monovalente.

En cualquier caso, omito indicar con exactitud qué pasajes de los escritos constitutivos de la litis avalan la restricción que ahora invoca, aclaración de la que no podía excusarse cuando –con apoyo en el art. 725 del Código Procesal–, en el texto de dichas piezas había dejado dicho: i.- “Denuncia bienes sucesión-Pide inclusión-Promueve nulidad de actos jurídicos...II.- ... viene a denunciar bienes integrantes del acervo hereditario del causante y promover la presente nulidad de actos jurídicos celebrados en fraude de sus derechos... declarándose la nulidad y retro trayéndose la situación jurídica de los bienes... a su situación legal anterior a la celebración de los actos que originan éste pedido de nulidad, fecho lo cual, los mismos quedarán incluidos dentro del acervo hereditario conformándose de acuerdo a derecho el patrimonio del causante...” (v. fs. 6 y vta.). “...1) En consecuencia, si... pudiese interpretarse que la Sociedad Anónima era un tercero ajeno a los herederos forzosos, la liberalidad encerrada en los actos viciados, está sujeta a la acción de reducción (art. 3602 y concdts. del Cód. Civil. 2). Si... se interpreta que la Sociedad Anónima y sus hermanos y coherederos demandados eran en realidad, a la fecha de realización de los actos nulos, una misma y única persona, la liberalidad ocultada en los actos viciados, está sujeta a la acción de colación (arts. 3477, 3478, sigtes. y concdts. del Cód. Civil)... 3) Obviamente que, tanto en uno como en otro caso, la actora se encuentra legitimada para accionar por su calidad de hija legítima del causante y por ser su heredera forzosa...” (v. fs. 16 vta.). iii.- “...XXI PETITORIO: 2) Por promovida la acción de inclusión de bienes correspondientes al causante, y nulidad de los actos jurídicos en virtud de los cuales se los sustrajo de su patrimonio...” (v. fs. 20). iv.- “...2) Que la devolución al patrimonio del causante, de los bienes alcanzados por actos nulos, es una consecuencia normal y natural de la declaración de nulidad de los actos involucrados. 3) Que la inclusión requerida es el motivo de ésta acción y la sentencia deberá resolver si es o no procedente la recomposición del patrimonio del causante...” (v. esp. fs. 80).

Y finalmente, a partir de los defectos individualizados a fs. 152 y la resolución que le siguió, la actora había expresado i.- “el objeto de la acción interpuesta... es... el reintegro al patrimonio del causante de todos los bienes transferidos, muebles e inmuebles, porque tal operación ha sido simulada en perjuicio de la restante coheredera...” (fs. 162

acáp. b). ii.- "...acción de nulidad por la existencia del vicio de simulación..." (fs. 162 vta. cap. XI). iii.- "b) PROCEDENCIA DE LA EXCEPCION ...POR HABLAR LA ACCION DE COLACION Y REDUCCION SIENDO ESTAS DOS ACCIONES DIFERENTES Y CONTRADICTORIAS... se trata de dos opciones que esta parte deja planteadas, siendo una sola de ellas la que subsista al tiempo del dictado de la sentencia respectiva eliminándose consecuentemente la restante, quedando tal determinación sujeta a lo que resulta de las pruebas a producirse y del criterio del juzgador..." (v. fs. 166 acápite "b" apartado 1; asimismo fs. 185/187 vta. esp. caps. II [título], VII y VIII).

En el marco que trasciende de las transcripciones que anteceden (v. asimismo fs. 418 segundo párrafo de este cuadernillo), y dadas las exigencias que caracterizan a la apelación federal, estimo que a fin de una adecuada fundamentación del recurso excepcional que deduce, la actora debió –mas no lo hizo– explicar acabadamente cómo se compatibiliza la interpretación que ahora propone acerca de los alcances de su demanda, con la redacción que ella misma hubo de imprimirle, sobre todo al efectuar las precisiones que se le requirieron en función del progreso de la excepción de defecto legal. En cambio –fuera de considerarla errónea, con remisión al voto disidente, y de exponer su visión divergente–, el recurso calla toda puntualización al respecto.

A partir de esa carencia, pienso que la recurrente no consigue develar el absurdo de la premisa fundamental del fallo acerca de los componentes que integran la cuestión (colación de bienes distraídos de la masa, mediante donaciones encubiertas tras negocios con apariencia onerosa); ni logra refutar la significación que los jueces atribuyeron a la parte dispositiva del pronunciamiento dictado en la instancia anterior (v. 1281), que tipificaron como manda de colacionar. Ello, sin contar con que la propia apelante ha hecho reiterado mérito de jurisprudencia elaborada, justamente, alrededor de asuntos donde conviven ambas figuras (simulación y colación).

Es en ese contexto que, en mi opinión –vuelvo a insistir–, no se replica con idoneidad la respuesta jurisdiccional construida en torno a dos ideas principales: (a) Que la acción de simulación incoada, tiende a atacar una liberalidad disimulada bajo otro ropaje, con el propósito de dotar de bienes al planteo por colación efectivamente acumulado en esta causa. (b) Que la demanda ejercitada al servicio de esta última acción –que se encuentra prescripta–, resulta –por lo mismo– inviable.

Tampoco se ha atacado de modo expreso y pormenorizado en el plano propio de la doctrina de la arbitrariedad, otra de las proposiciones centrales ya mencionadas, esto es, que la colación que en definitiva se perseguía, ha decaído por el transcurso del tiempo.

Así las cosas, y atendiendo a que la determinación de la materia litigiosa y del alcance de las peticiones de las partes, es –salvo situaciones que, a mi juicio, no se dan en autos– tarea extraña a la vía del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 320:2294, consid. 6° y sus citas), tengo para mí que esta arista del recurso no debe prosperar.

– IX –

Párrafo aparte merece el señalamiento de que se habrían ignorado aspectos conducentes para la solución del conflicto, propuestos oportunamente. Se apunta aquí a la imprescriptibilidad y a la posibilidad de aplicación del plazo veinteñal –invocadas a partir de la naturaleza de las nulidades articuladas y de una eventual indivisión sucesoria–, alegaciones estas en las que la sentencia no ingresó (v fs. 1572/1573 vta. acáp. VI. 3.2.).

Sabemos –y se ha recordado con anterioridad en esta causa– que los jueces no están obligados a ponderar uno por uno y con exhaustividad todos los elementos argumentativos y probatorios traídos por las partes (arg. Fallos: 307:1121), salvo –desde luego– que ellos sean relevantes y su desconocimiento resulte injustificado.

A la luz de esa enseñanza de V.E., y en el marco particular de estas actuaciones, opino que el tratamiento de las facetas antes indicadas, carecía de virtualidad para alterar la solución a la que llego el *a quo*, por lo que el agravio no es atendible (arg. Fallos: 323:2245).

En efecto, observo ante todo que al sustanciarse las excepciones de prescripción que le fueron opuestas, la actora fijó su posición en tres escritos, cuya lectura integral permite –a mi ver– sistematizada como sigue:

i.- Respecto de la simulación, resulta de aplicación el plazo bienal que rige para los actos nulos contemplados en el art. 4030 del Cód. Civil, computable desde que se tiene noticia de dichos actos. Entonces, habida cuenta del momento en que ese conocimiento se produjo –al

adjuntarse los respectivos documentos en el sucesorio de su madre—, al tiempo de interposición de la demanda, aún no había transcurrido aquel plazo. Además, la nulidad absoluta que se invoca conllevaría la imprescriptibilidad de la acción, en los términos del art. 1047 del Código Civil.

ii.- Respecto de la reincorporación de bienes al sucesorio, la prescripción operaría a los veinte años, siempre que los herederos posean la herencia a nombre propio, en todo o parte, tornándose imprescriptible la acción, si los bienes relictos no están en poder de los sucesores.

De ello se sigue que la interesada sólo arguyó con el plazo bienal del art. 4030 del Código Civil, con la extensión del plazo (20 años) y con las consecuencias que derivarían, por un lado, de hallarse los bienes en poder de terceros y, por el otro, de la nulidad absoluta que afectaría a los actos atacados. Respecto de este último campo, se apoyó en el art. 1047 del Código Civil (v. fs. 208 cap. IX). Y, para los restantes, en la cita de los arts. 3460, 4019 inc. 3º y 4020 del Código Civil, tomando para sí y dando por reproducidos los conceptos esgrimidos por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, *in re* “Warat, Raúl s/suc.” del 13 de julio de 1984 (fs. 88 acápites “f”, “g” y “h”; v. asimismo fs. 204/205).

No obstante, en este estadio no se ocupó —como, a mi ver, debería haberlo hecho— de explicar cómo dicho precedente o los preceptos aludidos podrían alterar el sentido de la solución adoptada, pues todos ellos están referidos a la prescripción de la acción de partición, que —conforme al razonamiento desplegado a fs. 1515 vta./1516, no objetado por la recurrente—, no se ha esgrimido en autos.

Lo propio acontece con el tema que la recurrente insinúa a fs. 1570 vta. (categoría de acto inexistente e imprescriptibilidad), máxime que no fue introducido al tiempo de trabarse la litis, ni al expresar agravios ante la Cámara, oportunidad esta última en la que sólo se alegó con la imprescriptibilidad por el carácter absoluto de la nulidad (v. fs. 870 vta. ap. 6 primera parte y fs. 874 vta. ap. 2, primer párrafo). En todo caso, de concordar V.E. con la opinión que dejé expuesta en el punto V, la discusión acerca de la eventual inexistencia se encuentra clausurada de modo adverso, situación que veda toda reflexión en torno a las consecuencias que de ese concepto jurídico podrían derivarse en esta causa.

Finalmente, en lo que hace a la operatividad del art. 1047 del Código Civil, estimo que –más allá de afirmar dogmáticamente, sin ningún desarrollo argumental, que las nulidades que persigue responden al interés general y no al provecho individual de la afectada–, la Sra. Carniel no acierta a comprobar las derivaciones que, a partir de esa calificación, deberían producirse necesaria y específicamente, no ya respecto de las acciones tendientes a la verificación del vicio, sino en el concreto campo de la colación. Sobre todo, si se tiene en cuenta la tesitura que sostuvo al trabarse la litis, reseñada anteriormente.

Es que –vuelvo a recalcarlo– no se ha rebatido el núcleo del razonamiento de los jueces, esto es, que la acción de colación fue efectivamente ejercida en autos y que ella se encuentra prescripta, por lo que –con abstracción de la tesis a la que se adhiere en cuanto a la simulación entablada– ésta se habría tornado vacua, por haber caído la pretensión principal a la que estaba destinada a abastecer. Notemos que ese discurso sigue una de las teorías admitidas en los ámbitos académico y jurisprudencial, en cuanto a la prescripción decenal computable a partir del fallecimiento del *de cuius*, aportando un fundamento que no ha sido refutado y que, a mi entender, no puede tenerse por absurdo, cual es la vigencia de la seguridad jurídica, y la custodia de la buena fe de los terceros en función de un orden de derecho cierto y estable.

En este sentido, la apelante no dice cómo redundaba en su beneficio el tramo de Fallos: 326:3734 invocado a fs. 1565, cosa que tampoco se infiere de la lectura de ese precedente, pues ni en el voto citado parcialmente (v. esp. consid. 12) ni en el de la mayoría –que adhirió al dictamen de esta Procuración– se consagró la doctrina que aquella propugna. A la inversa, allí sólo se examinó la arbitrariedad del fallo, puntualizándose algunos extremos tendientes a descubrir los defectos lógicos que habían llevado a rechazar dogmáticamente la defensa de prescripción opuesta por la parte demandada. Tampoco vislumbro la analogía que –según propone la Sra. Carniel– guarda con el caso de autos el precedente de Fallos: 325:751 (v. fs. 1564), en tanto se trata de un supuesto de responsabilidad por daños donde, por cierto, no se sienta un criterio general respecto del inicio del curso de la prescripción en la materia debatida en este proceso. Entonces, difícilmente pueda tenerse por configurado aquí, un apartamiento de las directrices de ese Máximo Tribunal.

Paralelamente, como ya lo adelanté, el estudio de los escritos constitutivos del litigio no descubre graves inconsistencias u omisiones en

los alcances que el tribunal atribuyó a la demanda instaurada. Asimismo, las diversas alusiones jurisprudenciales de las que se vale la actora no hacen, a mi juicio, sino reafirmar la naturaleza dilemática del problema. Con lo cual, los jueces se han inclinado por una de las potenciales opciones, camino que –siendo, como es– una situación regida por el derecho común, debe dejarse reservado, como regla, a su potestad decisoria.

– X –

Ponderadas así las alegaciones que se esbozaron en el escrito de impugnación, creo que no se ha acreditado con el rigor exigible, la cualidad excepcional de las irregularidades acusadas, requisito ineludible para la apertura del recurso extraordinario por la vía de la arbitrariedad. Es bueno recordar aquí que, en este ámbito, la pauta interpretativa seguida invariablemente por esa Corte, indica que la mera invocación de arbitrariedad o de agravios constitucionales, no alcanza para descalificar a las decisiones de los jueces locales (arg. Fallos: 298:47 y 85; 302:417; 312:2348; 316:1979, entre muchos otros).

En ese orden, creo que la apelación no cubre el recaudo básico de autosuficiencia (arg. Fallos: 324:2885; 326:1478). Es que, como tiene dicho V.E., la autonomía no se logra con la expresión de una opción jurídica contraria a la de los jueces, cuando ella no atiende ni controvierte con idoneidad las bases centrales en las que éstos se sustentaron (arg. Fallos: 316:832; 327:4622).

En ese contexto, en atención a los términos en los que quedó trabada la litis y se comparta o no el temperamento seguido en la sentencia, el tribunal –vuelvo a repetir– adoptó una salida posible, en un tema que suscita posturas diversas, sin incurrir en desaciertos groseros en el encuadre de la relación jurídica. De manera que los agravios –en gran medida contradictorios con conductas anteriores o reiterativos de ideas ya desechadas– no pasan de meras diferencias con el criterio interpretativo de la Corte local, en punto a eventuales errores de apreciación en un ámbito no federal. Por ende, resultan inconducentes en esta instancia.

Cabe insistir a esta altura, en que no estamos ante una apelación que habilite a enderezar lo opinable, ni aún el desacierto mismo (arg. Fallos: 327:2048). Con ello, sea cual fuere la propia visión acerca de la

mejor forma de zanjar este debate, estimo que no procede entrar aquí en ese orden de consideraciones. Al contrario, según la ya citada doctrina de esa Corte, la solución de las controversias mediante el análisis y aplicación del derecho común y la apreciación de las circunstancias fácticas y las constancias probatorias, no puede sino fenecer con el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los tribunales superiores de la causa; y, en tal sentido, V.E. no es –salvo en el recurso ordinario–, una nueva y tercera instancia para revalorizar y juzgar dichas cuestiones (Fallos: 312:195).

– XI –

Por lo tanto, aconsejo a V.E. el rechazo del recurso directo incoado en autos. Buenos Aires, 18 de marzo de 2010. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Aliche Carniel en la causa Carniel, Leandro Atilio s/ sucesión s/ nulidad de acto jurídico e inclusión de bienes”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro que, al admitir por voto de la mayoría los recursos extraordinarios locales deducidos por los demandados, casó la sentencia dictada por la cámara, hizo lugar a la defensa de prescripción y rechazó la demanda de simulación y de nulidad de actos jurídicos deducida por la coheredera con el objeto de que se incorporaran diversos bienes en el acervo sucesorio de Leandro Atilio Carniel o se colacionaran sus valores, la vencida interpuso el remedio federal cuya desestimación dio origen a la presente queja.

2º) Que después de hacer una extensa reseña de los antecedentes del caso, de las sentencias dictadas en la causa, de los agravios de los

demandados y de las distintas posturas existentes en la doctrina y en la jurisprudencia acerca del plazo de prescripción que correspondía aplicar cuando se acumulaban las acciones de colación y de simulación, el *a quo* sostuvo que ese debate no tenía, en la práctica, implicancia jurídica para la resolución del conflicto planteado en autos.

3º) Que, a tal efecto, señaló que si se entendiera que debía aplicarse el plazo de diez años que establece el art. 4023 del Código Civil para ejercer la acción de colación, dicho plazo debía comenzar a contarse a partir de la muerte del causante, que se produjo el 5 de agosto de 1972, motivo por el cual la pretensión deducida por Aliche Carniel de Martín el 3 de noviembre de 1989, se encontraba prescripta pues dicha acción solo fue entablada cuando había transcurrido con exceso el plazo fijado por el referido art. 4023.

4º) Que, por otra parte, el tribunal afirmó que de adoptarse el criterio que consideraba que cuando la acción de colación de los bienes donados por el causante bajo la apariencia de un contrato oneroso, se ejercía en forma acumulada a la declaración de simulación de las ventas aparentes (en el caso, la supuesta simulación de aportes societarios y la consiguiente distribución de acciones), resultaba aplicable el plazo de prescripción bienal que consagra el art. 4030 del Código Civil, igualmente la acción deducida en las presentes actuaciones se encontraría prescripta.

5º) Que ello era así porque al constituir la simulación una acción instrumental, dicha pretensión –aun partiendo de la plataforma fáctica establecida por la cámara con respecto a que la actora había tomado conocimiento efectivo, pleno y cabal de los actos impugnados cuando se agregaron, con fecha 8 de marzo de 1989, las escrituras 591, 635 y 860, en el proceso sucesorio de su madre– se encontraba atada inexorablemente a la acción principal, por lo que la circunstancia de hallarse prescripta la acción “madre” acarrearía la inviabilidad de la otra pretensión.

6º) Que, en el voto concurrente, se sostuvo que la procedencia de la simulación como acción instrumental estaba necesariamente condicionada a la viabilidad de la acción principal (colación), cuyo plazo de prescripción era de diez años (conf. art. 4023 del Código Civil), a computar desde el fallecimiento del causante, momento en el que nacía el derecho del heredero (art. 3953 del citado código), ya que se debía tener en cuenta que la prescripción siempre respondía a una exigencia

perentoria de seguridad jurídica que protegía, respecto de terceros, la buena fe de quienes frente a relaciones jurídicas aparentes contrataban confiando en la existencia de un orden de derecho cierto y estable.

7º) Que la actora sostiene que la sentencia es arbitraria porque el *a quo* ha efectuado una interpretación dogmática de las normas en juego que priva de contenido a todo el sistema de protección de los herederos establecido en el Código Civil; que se ha hecho caso omiso de las disposiciones de orden público que resguardan la igualdad entre los beneficiarios de la herencia y protegen la legítima de los herederos forzosos; que no se ha ponderado que el instituto de prescripción debe ser utilizado con un criterio restrictivo y que la solución adoptada conduce a convalidar las maniobras fraudulentas llevadas a cabo por los demandados que han quedado acreditadas en la causa.

8º) Que la apelante aduce también que el plazo de prescripción de la acción de nulidad debe computarse a partir de la fecha en que su parte tomó conocimiento efectivo, pleno y cabal de la existencia de los actos simulados y fraudulentos –lo que ocurrió con la incorporación de las escrituras impugnadas en el proceso sucesorio de su madre– y que la decisión del superior tribunal de justicia que encuadró la acción dentro del ámbito de la colación, al entender que el cómputo de la prescripción había comenzado a correr a partir del fallecimiento del causante, independientemente de la falta de conocimiento de la actora respecto del ocultamiento fraudulento de los bienes, está cohonestando el actuar antijurídico de sus coherederos.

9º) Que, en tal sentido, la demandante expresa que el *a quo* ha examinado los temas planteados en autos como si se tratara de una simple demanda de colación, cuando aquí se trata de una acción compleja que no podría subsumirse plenamente en esa figura legal, máxime cuando no se trataba de una donación sino de la existencia de una transferencia nula y fraudulenta de bienes a una persona jurídica. Añade que el superior tribunal ha incurrido en un exceso de jurisdicción al estudiar la cuestión desde la perspectiva de la acción de colación, cuando la sentencia apelada no se había referido a esa figura legal.

10) Que, finalmente, la recurrente sostiene que la Corte debe examinar los planteos formulados en el anterior recurso extraordinario de su parte, que se refieren a la arbitrariedad de la decisión del superior tribunal que anuló el primero de los fallos dictados por la cámara. Señala que en tal oportunidad se desestimó el recurso por no estar

dirigido contra una sentencia definitiva, circunstancia que lo habilita a replantear los temas allí propuestos que se vinculaban con la posibilidad de la alzada –por aplicación del principio *iura novit curia*– de declarar la inexistencia de los actos jurídicos instrumentados en las escrituras referidas en el escrito de demanda, por tratarse de actos simulados y llevados a cabo con la intención de perjudicarla.

11) Que aun cuando las críticas formuladas en el remedio federal –vinculadas con el comienzo, suspensión, interrupción y agotamiento del curso de la prescripción liberatoria– remiten al examen de temas de índole fáctica y de derecho procesal y común que, como regla y por su naturaleza, son ajenos a la instancia extraordinaria, ello no es óbice para invalidar lo resuelto cuando el tribunal ha prescindido de dar a la controversia un tratamiento adecuado, de acuerdo con las constancias de la causa y la normativa aplicable (Fallos: 310:927, 2114; 311:1171), aparte de que ha omitido la consideración de cuestiones conducentes que podrían llevar a la frustración de derechos que cuentan con amparo constitucional (Fallos: 313:323, entre otros).

12) Que, en efecto, el razonamiento del tribunal –plasmado en los votos concurrentes que hicieron mayoría– incurre en una petición de principio, pues a pesar de haber admitido como válido el argumento de la alzada atinente a que la actora había tomado conocimiento “efectivo, pleno y cabal” de la existencia de actos simulados con la incorporación de diversas escrituras en el expediente sucesorio de su madre y a que la acción de simulación no se encontraría prescrita (arg. art. 4030 del Código Civil), igualmente llegó a la conclusión de que la pretensión deducida se encontraba fenecida en razón de que habían transcurrido más de diez años desde el fallecimiento del causante.

13) Que tal interpretación, que se sustenta en que la acción de simulación es meramente instrumental y que lo que importa es el plazo de prescripción de la acción principal, resulta objetable porque la circunstancia de que una acción sea instrumental no significa que no tenga entidad autónoma. El hecho de que el objeto principal del proceso fuera la obligación de colacionar, no excluye que el medio (acción de simulación) guarde independencia respecto de aquella acción y deba ser deducida en tiempo útil para desentrañar el carácter gratuito de un acto de ficticia apariencia onerosa.

14) Que, sentado ello, cabe señalar que es sabido que el tiempo de la prescripción debe ser un tiempo útil para el ejercicio de la acción,

de modo que no podría reprocharse inacción a la actora cuando, por razón de la simulación ilícita, ignoraba la realidad subyacente en los actos y sólo tomó conocimiento de ella con motivo de presentaciones efectuadas por sus coherederos en la sucesión de su madre, aproximadamente 17 años más tarde.

15) Que la interpretación del *a quo* acerca del comienzo del plazo de prescripción mediando una acción de simulación y otra de colación, además de que prescinde de la complejidad de la situación que se plantea cuando la segunda está inexorablemente ligada y condicionada por la primera, anula sin razón suficiente el factor subjetivo de base normativa previsto en el art. 4030, según el cual el plazo para el ejercicio de la acción corre desde que la falsa causa fuese conocida. Ello evidencia que al considerar que el mero transcurso del tiempo de prescripción de la acción principal bastaba para rechazar la pretensión por resultar inconducente la acción aquí calificada de instrumental, se ha omitido armonizar el régimen legal que no consiente que pueda darse el absurdo de que se haya perdido el derecho de colacionar antes de haber podido ejercerlo.

16) Que tal es lo que surge de la interpretación del superior tribunal y pone de manifiesto un serio defecto en la fundamentación del fallo, pues una cosa es cuando los derechos nacen y otra cuando caen bajo el dominio de la prescripción, distinción que no puede soslayarse aquí porque el acto que se impugna de simulado fue realizado en vida por el padre de las partes, en connivencia con sus hijos varones, hecho que salió a la luz muchos años más tarde con motivo de la tramitación del proceso sucesorio de la madre de los coherederos y generó las acciones deducidas por la demandante en defensa de su legítima; acciones que corresponden a derechos que pudieron haber nacido con la celebración de los actos simulados, pero que sólo cayeron en el campo de la prescripción respecto de aquélla al tomar conocimiento de su existencia.

17) Que, de tal modo, al aplicar el plazo decenal de prescripción que corresponde a la acción de colación (art. 4023 del Código Civil), el *a quo* ha prescindido de los principios que rigen en materia de prescripción aplicables a la acción de simulación y le ha cerrado a la demandante la posibilidad de atacar los negocios jurídicos fraudulentos, cuando está admitido en la causa que la parte no estaba en condiciones de impugnar dichos actos simplemente porque desconocía las irregularidades llevadas a cabo en la transmisión del patrimonio de su padre a favor de la persona jurídica que controlaban sus hermanos.

18) Que, por lo demás, cabe ponderar que frente a divergencias interpretativas sobre la operatividad de un determinado plazo de prescripción liberatoria, los jueces deben inclinarse por aquel que mantenga subsistente la acción, o sea por el que garantice con mayor amplitud y eficacia la defensa en juicio del litigante que reclama ante la jurisdicción por un derecho que le ha sido conculcado, pues a los fines de una correcta hermenéutica debe tenerse presente que el instituto de la prescripción es de interpretación restrictiva y que en caso de duda debe preferirse la solución que mantenga vivo el derecho (Fallos: 318:879).

19) Que, por otra parte, en el caso no se demostró que hubiese existido una ignorancia culpable de la coheredera que sólo pudo conocer sobre la realidad de los actos objetados cuando falleció la madre, hecho que justificó la interposición de la correspondiente demanda en la que se acumularon las acciones aquí deducidas. El ocultamiento de esa situación durante el transcurso de muchos años no puede sanear el derecho de quienes habrían actuado en connivencia para perjudicar a la actora, que no tuvo participación en la constitución y desenvolvimiento de la sociedad, pero tenía inequívocos derechos sobre el patrimonio del causante.

20) Que, en tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (art. 15 de la ley 48), por lo que hallándose agotado el debate en la causa corresponde revocar la sentencia y atento a los términos del fallo recurrido, mantener la decisión de la alzada.

21) Que atento al modo como se resuelve el caso, los agravios formulados por la demandante en el primer recurso extraordinario –vinculados con las facultades que tenía la alzada, por aplicación del principio *iura novit curia*, de declarar inexistentes diversos actos jurídicos cuando en la demanda se había requerido la declaración de nulidad– no serán examinados, habida cuenta de que en la presente decisión se revoca el fallo que había admitido la defensa de prescripción, circunstancia que torna innecesario pronunciarse sobre el punto.

Por ello, y habiendo oído a la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandante y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso de hecho interpuesto por **Aliche Carniel**, representada por el Dr. Sebastián Solcoff, y patrocinado por los **Dres. Lucio Gonzalo Guz y Agustín Guido Goldfeld**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro**.
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la III Circunscripción Judicial y Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería de la III Circunscripción Judicial, ambos de la Provincia de Río Negro**.

DUHALDE, EDUARDO LUIS SECRETARIO DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN. ACUSA Y J.E. 14/06 CARAT. REPRESENTANTES DE ORGANISMOS DE DERECHOS HUMANOS DE ORGANIZACIONES SOCIALES Y POLITICAS. ACUSAN S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO.

Corresponde declarar la nulidad de la resolución que concedió el recurso extraordinario si omitió pronunciarse sobre la observancia de los requisitos sustanciales y formales que son la presencia de una cuestión federal y la existencia del recaudo propio de sentencia definitiva, exigencia esta última que se ahondaba a fin de conciliar el estándar utilizado en esta segunda decisión para el examen sobre la concurrencia del recaudo, con el seguido en el pronunciamiento anterior por el cual se había declarado inadmisibile el recurso de inaplicabilidad de ley, sobre la base –precisamente– de no verificarse el recaudo de impugnarse la decisión final del jurado de enjuiciamiento, exigencia que hacía pie en la doctrina de la Corte que citó y en el último fallo dictado por el Tribunal sobre la materia, que detalladamente transcribió.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Duhalde, Eduardo Luis Secretario de Derechos Humanos de la Nación. Acusa y J.E. 14/06 carat. Representantes de

Organismos de Derechos Humanos, de Organizaciones Sociales y Políticas. Acusan s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”.

Considerando:

1º) Que en el marco de una actuación en trámite ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, originada en una serie de acusaciones formuladas contra el doctor Pedro Cornelio Federico Hooft, juez titular del Juzgado de Transición n° 1 –a cargo del Juzgado en lo Correccional n° 4– del Departamento Judicial de Mar del Plata, el Jurado aludido resolvió por mayoría, en lo que aquí interesa: a) rechazar, en este estadio del proceso, la excepción de cosa juzgada interpuesta por el magistrado denunciado; y b) formar causa (art. 27 de la ley 8085), con relación a los expedientes J.E. 12/06 “Duhalde, Eduardo Luis. Secretario de Derechos Humanos de la Nación. Acusa” y J.E. 14/06 “Representantes de Organismos de Derechos Humanos, de Organizaciones Sociales y Políticas. Acusan”, por hechos constitutivos de los casos denominados como “Noche de las Corbatas”, “Caso Candeloro”, “Visitas a centros clandestinos de detención habiendo omitido actuar”, “Prandina”, “Bourg” e “Ibañez Barboza”.

2º) Que contra tal resolución el doctor Pedro C. F. Hooft interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que dicho tribunal declaró inadmisibile (fs. 1336/1339).

Para decidir como lo hizo, el superior tribunal provincial declaró aplicable la tradicional doctrina sentada por esta Corte en materia de enjuiciamiento político de magistrados judiciales, citando conocidos precedentes que han dado lugar a esa jurisprudencia clásica y transcribiendo el reciente pronunciamiento dictado en la causa “Faggionato Márquez, Federico Efraín” (Fallos: 333:241). Con esta comprensión, afirmó que el recurso articulado debía ser desestimado en tanto no se dirigía “...*contra una sentencia definitiva o equiparable (o en palabras de la Corte Federal, contra una decisión final), en la medida en que existe la posibilidad de que un eventual pronunciamiento ulterior del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados disipe los reclamos del impugnante*”.

Añadió que “...*hipotéticamente, frente a un fallo destitutorio del magistrado provincial dictado por el mencionado órgano y si en ese*

estadio procesal subsistieran las cuestiones que, con pretensa índole federal, se invocan en el recurso de inaplicabilidad de ley articulado, las mismas podrán ser traídas a conocimiento de este Cuerpo por las vías extraordinarias ritualmente previstas y con los límites de excepcionalidad establecidos por la propia Corte federal”.

Asimismo y sin abrir juicio sobre el acierto o error de lo resuelto, señaló que ante la decisión tomada por el Jurado de Enjuiciamiento respecto de la excepción de cosa juzgada, habilitar el escrutinio requerido por el recurrente sobre el punto implicaría la asunción prematura de una revisión de naturaleza claramente excepcional, con el riesgo añadido de establecer “...un mecanismo que permita sustituir el criterio de quienes con arreglo a la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política de los magistrados y, “a fortiori”, para evaluar si corresponde activar los mecanismos previstos a ese fin”.

Por último, el superior tribunal estadual descartó la presencia de una cuestión de gravedad institucional.

3º) Que contra la sentencia mencionada el magistrado enjuiciado interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 1344/1364, en el que dijo mantener las cuestiones constitucionales promovidas en la apelación local y en el que, con invocación de la doctrina de la arbitrariedad y de la gravedad institucional, alegó que la sentencia del superior tribunal provincial –al convalidar la decisión del jurado de enjuiciamiento– vulneraba las garantías superiores del debido proceso y de defensa en juicio reconocidas en la Ley Fundamental.

4º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires concedió el recurso, por mayoría, para lo cual sostuvo a fin de tener por satisfecho el recaudo de sentencia definitiva que se encontraba “... cumplida la condición de habilitación de la instancia y demás requisitos formales...” (voto del juez Negri; fs. 1385), sin examinar –siquiera mínimamente– la entidad y efectos del cuestionamiento que sobre el punto había realizado el recurrente contra la sentencia apelada, ni tampoco intentar conciliar su dogmática afirmación actual con el argumento central exhaustivamente desarrollado en su resolución anterior para sostener la cancelación de la instancia extraordinaria local.

5º) 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 aquéllas no daban

satisfacción a un requisito idóneo para la obtención de la finalidad a que se hallaba destinado (art. 169, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 310:2122 y 2306; 315:1589; 323:1247; 330:4090; 331:2280; causa P.31.XLV “Pértile, Elda Aída”, sentencia del 30 de junio de 2009; Fallos: 333:360; causa S.911.XLV “Sandoval, Juan Carlos”, sentencia del 19 de mayo de 2010 y causa R.535.XLVI “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el expte. N° B-193302/08 (Tribunal Contencioso Administrativo) Medida Precautoria Innovativa: Leño, Julia Rebeca – Leño, Remo – Cruz de Mamani, Victoriana – Licantica, Dámaso – Valenzuela, Víctor Hugo – Moreau, Roger Lucein y otros c/ Estado Provincial”, sentencia del 29 de marzo de 2011, entre muchos otros).

6°) Que esta es la situación que se verifica en el *sub lite*, en razón de que el tribunal *a quo* omitió pronunciarse categórica y circunstanciadamente (con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad, según la definición de la Real Academia) sobre la observancia de los requisitos sustanciales y formales del recurso extraordinario, cuales son –en el caso– la presencia de una cuestión federal de la naturaleza invocada por la recurrente y la existencia del recaudo propio de sentencia definitiva.

En cuanto a la primera, es una regla consistentemente arraigada por reiterados precedentes de esta Corte el mandato dirigido a los superiores tribunales según el cual si bien incumbe exclusivamente al Tribunal juzgar sobre la existencia o no de un supuesto de arbitrariedad de sentencia (Fallos: 215:199), no es menos cierto que ello no exime a los órganos judiciales llamados a expedirse sobre la concesión del recurso extraordinario federal, de resolver circunstanciadamente si tal apelación –*prima facie* valorada– cuenta respecto de cada uno de los agravios que la originan con fundamentos suficientes para dar sustento, a la luz de conocida doctrina de esta Corte, a la invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional, como lo es el de arbitrariedad (Fallos: 310:1014; 313:934; 317:1321; 323:1247; 325:2319; 329:4279; 331:1906; 333:360, entre otros).

En lo que concierne a la presencia de una sentencia definitiva, la fundamentación exigida se ahondaba a fin de conciliar el estándar utilizado en esta segunda decisión para el examen sobre la concurrencia del recaudo propio mencionado, con el seguido en el pronunciamiento anterior por el cual se había declarado inadmisibile el recurso de inaplicabilidad de ley, sobre la base –precisamente– de no verificarse

el recaudo de impugnarse la decisión final del jurado de enjuiciamiento, exigencia que hacía pie en la doctrina de esta Corte Suprema que citó y en el último fallo dictado por el Tribunal sobre la materia, que detalladamente transcribió.

7º) Que el fundamento de dichos precedentes se asienta en que, de seguirse una orientación opuesta, el Tribunal debería admitir que su jurisdicción extraordinaria se viese, en principio, habilitada o denegada, sin razones que avalen uno u otro resultado, lo cual infringe un claro perjuicio al derecho de defensa de los litigantes y al adecuado servicio de justicia de la Corte.

Por ello, se declara la nulidad de la resolución de fs. 1382/1387. Devuélvase las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se dicte una nueva decisión sobre el punto con arreglo a la presente. Notifíquese y remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por **Pedro C. Federico Hooft**, con el patrocinio letrado de los **doctores Héctor M. Granillo Fernández y Joaquín Granillo Fernández**.

Traslado contestado por **Antonia Acuña de Segarra, Presidente de Abuelas de Plaza de Mayo – Filial Mar del Plata**, en el carácter de representante **unificada de todos los acusadores**, con el patrocinio letrado de la **doctora Natalia Andrea Messineo**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios**.

Ministerio Público: no ha dictaminado.

GARCIA, JOSE MANUEL c/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE DEFENSA -
EJERCITO ARG. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

ACTOS DE SERVICIO.

La sentencia que rechazó la demanda promovida por un suboficial en situación de retiro a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios interpreta

indebidamente la doctrina de la Corte explicitada en los casos “Azzetti”, “Aragón” y “Leston”, ya que la misma establece que no se hace lugar a la indemnización pedida cuando los daños reclamados provienen de “acciones bélicas” (fuerzas armadas) o “enfrentamientos armados” (fuerzas de seguridad) pero no cabe entender dichas categorías como equiparables a genéricos “actos de servicio”, como se trata en el caso de la incapacidad sufrida por el actor.

–Los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni, en voto y disidencia parcial respectivamente, remitieron a su voto en la causa “Aragón” (Fallos: 330:5205)–.

–En similar sentido se pronunció el Tribunal en la misma fecha en la sentencia “Lo Cane Shloszarcsik” (L. 194.XLVI)–.

ACTOS DE SERVICIO.

Según la doctrina de la Corte explicitada en los precedentes “Azzetti”, “Aragón”, “Correa” y “Leston” no es procedente la indemnización solicitada con fundamento en normas del Código Civil cuando los daños provienen de “misiones específicas”, pero no cabe entender que dicho concepto es equiparable, genéricamente, al concepto de “acto de servicio”, y sólo los actos de servicio que comporten misiones específicas de las fuerzas armadas o de seguridad están excluidos del ámbito indemnizatorio, a diferencia de lo que ocurre con las lesiones típicamente accidentales (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 166/168, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la demanda promovida por el actor –suboficial principal en situación de retiro– contra el Estado Nacional (Ejército Argentino), a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios que derivan de las lesiones sufridas mientras se desempeñó como mecánico motorista encargado del depósito de combustibles y lubricantes.

Para así decidir, consideró el tribunal que resulta aplicable al caso la doctrina sentada por la Corte Suprema en los precedentes “Azzetti”, “Aragón” y “Leston”, pues su incapacidad no deriva de un hecho típicamente accidental sino que tiene su origen en actos de servicio.

– II –

Disconforme con este pronunciamiento, el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 174/184, que fue concedido a fs. 191.

El apelante sostiene que la sentencia es dogmática y carece de fundamentos, pues la única excepción a la doctrina sentada en el caso “Mengual” son los daños producidos en un hecho bélico o en un enfrentamiento armado, que está estrechamente vinculado con las funciones típicas de la fuerza. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura y destaca que no pueden asimilarse las enfermedades o accidentes relacionados con el servicio con la referencia errónea a una hipotética e inexistente “misión militar específica”.

– III –

A mi modo de ver, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible toda vez que se ha cuestionado la inteligencia otorgada por el tribunal a normas de carácter federal y la decisión ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas.

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, entiendo que las cuestiones planteadas en el *sub lite* son sustancialmente análogas a las examinadas en el dictamen emitido el 23 de junio de 2009, *in re* O. 254, L. XLIV, “Ocampo, Hugo Luciano c/ Estado Nacional –Ejército Argentino– s/ daños y perjuicios”, donde se puso de resalto que aun cuando la situación fáctica que se presentaba difería de las que se configuraron en los precedentes “Leston” y “Aragón”, lo relevante de la doctrina allí sentada por V.E. es que establece una diferencia entre los daños de origen accidental y los daños que son mera consecuencia del cumplimiento de misiones específicas de las fuerzas armadas o de seguridad, declarando con relación a esta última categoría que no resultan aplicables las normas de derecho común.

Sin perjuicio de que tal solución se ajusta a la doctrina sentada por V.E. en los casos aludidos, mantengo mi opinión vertida en el dictamen del 29 de marzo de 2007, emitido en la causa A. 774, L. XLII, “Andrada, Alberto Miguel c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior – Policía Federal si daños y perjuicios”.

– V –

Opino, por tanto, que corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 13 de abril de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “García, José Manuel c/ Estado Nacional – Ministerio de Defensa – Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

1º) Que el actor, José Manuel García, suboficial del Ejército Argentino, promovió demanda por cobro de daños y perjuicios contra el Estado Nacional, con fundamento en que, a raíz del gran esfuerzo que tuvo que hacer para desplazar unos tambores de aceite –era el encargado del depósito de combustibles y lubricantes de la unidad en la que se desempeñaba– se le produjo una hernia discal a nivel lumbar que provocó su pase a retiro, como consecuencia de una incapacidad que lo hizo inapto para el servicio. Señaló, también, que percibía un haber de retiro.

El demandante basó su reclamo en distintas normas del Código Civil y en el precedente de esta Corte in re “**Mengual**” (Fallos: 318:1959).

2º) Que el juez de primera instancia resolvió hacer lugar a la demanda sobre la base de que la sentencia del Tribunal en “**Mengual**” había señalado que “...los vocablos retiro y pensión no se asocian con la idea de resarcimiento, reparación o indemnización sino que tienen una notoria resonancia previsional...” y que “...la percepción del beneficio previsional no deviene incompatible con el reconocimiento simultáneo de la reparación fundada en las normas del derecho común...” (considerando 11 del fallo citado). Apoyado en que el infortunio del actor tenía relación con los actos de servicio, concluyó que el Estado Nacional debía “*asumir la responsabilidad civil que prescriben los arts. 43, 1109 y 1113 del Código Civil*” (fs. 132 vta.).

3º) Que esa decisión, apelada por el Estado Nacional, fue revocada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que, además, desestimó la demanda (fs. 166/168 vta.).

El *a quo* sostuvo, para así decidir, que en los fallos dictados en las causas “Aragón” (Fallos: 330:5205) y L.377.XLI “Leston, Juan Carlos c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior – Policía Federal Argentina”, ambos del 18-12-2007, esta Corte había resuelto extender el criterio sentado en la causa “Azzetti” (Fallos: 321:3363) a todo el personal de las fuerzas de seguridad. En razón de esta asimilación de situaciones, la Corte habría establecido –en la interpretación que hizo el fallo apelado– “que ningún afectado ‘en y por actos del servicio’ tiene aptitud jurídica para reclamar el resarcimiento del derecho civil, a no ser que su lesión o minusvalía tengan origen en un ‘acto típicamente accidental’” (fs. 167 vta.).

Puesto que –prosiguió la cámara– el propio actor había sostenido que su incapacidad provenía de actos de servicio, sólo cabía rechazar la demanda (loc. cit.).

4º) Que contra esa decisión, el demandante interpuso el recurso extraordinario de fs. 174/184, que fue bien concedido por el *a quo* pues está en juego la doctrina que surge de precedentes de esta Corte (fs. 191).

5º) Que el fallo apelado interpreta indebidamente la doctrina de esta Corte, explicitada en casos como “Azzetti” (Fallos: 321:3363) –relativo al personal militar– y los ya citados “Aragón” (Fallos: 330:5205) y “Leston”, concernientes al personal de fuerzas de seguridad.

En efecto, dicha doctrina del Tribunal establece que no se hace lugar a la indemnización pedida cuando los daños reclamados provienen de “acciones bélicas” (fuerzas armadas) o “enfrentamientos armados” (fuerzas de seguridad). No cabe, por lo tanto, entender dichas categorías como equiparables a genéricos “actos de servicio” (como lo pretende el *a quo*).

En otras palabras, sólo los actos de servicio que sean “acciones bélicas” (fuerzas armadas) o “enfrentamientos armados” (fuerzas de seguridad), están excluidos del ámbito indemnizatorio. No así los restantes, sin perjuicio de que compete al tribunal de grado resolver si –en estos últimos– se dan todos y cada uno de los requisitos que hacen

al progreso de la acción resarcitoria, de acuerdo con el derecho común que se invoca como fundamento de la pretensión.

6º) Que, a la luz de lo expuesto, no corresponde aplicar la doctrina de “Azzetti” a García, que —como se ha dicho— sufrió una incapacidad a resultas de los hechos reseñados en el considerando 1º, que, obviamente, nada tienen que ver con “acciones bélicas”.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la decisión apelada, con los alcances indicados precedentemente. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE
DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que el actor, José Manuel García, suboficial del Ejército Argentino, promovió demanda por cobro de daños y perjuicios contra el Estado Nacional, con fundamento en que, a raíz del gran esfuerzo que tuvo que hacer para desplazar unos tambores de aceite —era el encargado del depósito de combustibles y lubricantes de la unidad en la que se desempeñaba— se le produjo una hernia discal a nivel lumbar que provocó su pase a retiro, como consecuencia de una incapacidad que lo hizo inapto para el servicio. Señaló, también, que percibía un haber de retiro.

El demandante basó su reclamo en distintas normas del Código Civil y en el precedente de esta Corte *in re* “**Mengual**” (Fallos: 318:1959).

2º) Que el juez de primera instancia resolvió hacer lugar a la demanda sobre la base de que la sentencia del Tribunal en “*Mengual*” había señalado que “...los vocablos *retiro* y *pensión* no se asocian con la idea de *resarcimiento*, *reparación* o *indemnización* sino que tienen una notoria resonancia *previsional*...” y que “...la percepción del beneficio *previsional* no deviene incompatible con el reconocimiento simultáneo de la *reparación* fundada en las normas del derecho común...” (considerando 11 del fallo citado). Apoyado en que el infortunio del actor tenía relación con los actos de servicio, concluyó que el Estado Nacional debía “*asumir la responsabilidad civil que prescriben los arts. 43, 1109 y 1113 del Código Civil*” (fs. 132 vta.).

3º) Que esa decisión, apelada por el Estado Nacional, fue revocada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que, además, desestimó la demanda (fs. 166/168 vta.).

El *a quo* sostuvo, para así decidir, que en los fallos dictados en las causas “*Aragón*” (Fallos: 330:5205) y L.377.XLI “*Leston, Juan Carlos c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior – Policía Federal Argentina*”, ambos del 18-12-2007, esta Corte había resuelto extender el criterio sentado en la causa “*Azzetti*” (Fallos: 321:3363) a todo el personal de las fuerzas de seguridad. En razón de esta asimilación de situaciones, la Corte habría establecido –en la interpretación que hizo el fallo apelado– “*que ningún afectado ‘en y por actos del servicio’ tiene aptitud jurídica para reclamar el resarcimiento del derecho civil, a no ser que su lesión o minusvalía tengan origen en un ‘acto típicamente accidental’*” (fs. 167 vta.).

Puesto que –prosiguió la cámara– el propio actor había sostenido que su incapacidad provenía de actos de servicio, sólo cabía rechazar la demanda (loc. cit.).

4º) Que contra esa decisión, el demandante interpuso el recurso extraordinario de fs. 174/184, que fue bien concedido por el *a quo* pues está en juego la doctrina que surge de precedentes de esta Corte (fs. 191).

5º) Que el fallo apelado interpreta indebidamente la doctrina de esta Corte en materia de reclamos indemnizatorios fundados en normas del derecho común cuando los daños tienen origen en conductas encuadradas como “misiones específicas” de las fuerzas armadas y de seguridad, explicitada en los casos “*Azzetti*” (Fallos: 321:3363), “*Aragón*” (Fallos: 330:5205), “*Correa*” –disidencia de los jueces Lorenzetti

y Zaffaroni– (Fallos: 330:2521) y L.377.XLI “*Leston, Juan Carlos c/ Estado Nacional –Ministerio del Interior – Policía Federal Argentina*” (sentencia del 18-12-2007).

6º) Que según dicha doctrina, no es procedente la indemnización solicitada cuando los daños provienen de “misiones específicas”. No cabe entender que dicho concepto es equiparable, genéricamente, al concepto “acto de servicio”. En efecto, sólo los “actos de servicio” que comporten “misiones específicas” de las fuerzas armadas o de seguridad están excluidos del ámbito indemnizatorio, a diferencia de lo que ocurre con las lesiones típicamente accidentales (“*Leston*”, considerando 4º). Ello es así, sin perjuicio de que compete al tribunal de grado resolver si se dan todos y cada uno de los requisitos que hacen al progreso de la acción resarcitoria, de acuerdo con el derecho común que se invoca como fundamento de la pretensión.

7º) Que a la luz de lo expuesto, no corresponde aplicar al caso la doctrina del precedente “*Azzetti*”, por cuanto el actor alegó que sufre una incapacidad resultante de hechos –como los que fueron relatados en el considerando 1º– que no presentan ninguna relación con las “misiones específicas” propias del Ejército.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la decisión apelada, con los alcances indicados precedentemente. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DE LA VICEPRESIDENTE
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte encuentran adecuada respuesta en el pronunciamiento dictado en la causa “*Ara-*

gón” –disidencia de los jueces Highton y Zaffaroni– (Fallos: 330:5205), a cuyos fundamentos corresponde remitir.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, 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 a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA PARCIAL DEL
SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte encuentran adecuada respuesta en el pronunciamiento dictado en la causa “Aragón” –disidencia de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni– (Fallos: 330:5205), a cuyos fundamentos corresponde remitir.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden habida cuenta la índole de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **José Manuel García, actor en autos**, representado por el Dr. **Fernando Diego Rosales, en calidad de apoderado.**

Traslado contestado por **el Estado Nacional – Estado Mayor General del Ejército, codemandada en autos**, representado por la Dra. **Elda Beatriz Sánchez Rapela.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 3.**

GONZALEZ, ROBERTO c/ ADMINISTRACION NACIONAL DE
LA SEGURIDAD SOCIAL, s/ AMPAROS Y SUMARÍSIMOS

PENSION.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó “in limine” la acción de amparo mediante la cual la actora solicitaba se deje sin efecto la resolución dictada por la ANSeS que desestimó su pedido de otorgamiento de una pensión fundada en el fallecimiento y convivencia como pareja con otra persona del mismo sexo si no se ordenó el traslado de la misma al ente previsional y, desde el inicio de las actuaciones han transcurrido más de 3 años, por lo que con el fin de evitar nuevas demoras y atendiendo al principio de economía y celeridad procesal, corresponde que prosiga conociendo en el juicio, con prescindencia del *nomen juris* utilizado por el peticionante, el juez competente ante quien se encausó la demanda y se substancie sin más el trámite.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Surge de estas actuaciones que, los Magistrados integrantes de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, al confirmar la resolución del juez de grado, rechazaron “in limine” la acción de amparo interpuesta, mediante la cual la actora solicita se deje sin efecto la Resolución RCF-D N° 4539 dictada por la A.N.Se.S., que desestimó su pedido de otorgamiento de una pensión fundada en el fallecimiento y convivencia como pareja con otra persona del mismo sexo (v. fs. 1/2, 28/29 del cuaderno de queja).

Contra dicho pronunciamiento, el actor interpuso recurso extraordinario, que al ser rechazado, motivó la presentación directa (v. fs. 31/36, 37, 39/44)

– II –

Los magistrados de la Sala *a quo*, sostuvieron que, en el marco de lo establecido por el artículo 2 inciso a), de la ley 16.986, la acción de amparo no procede cuando existe un medio judicial más adecuado para la protección de los derechos que el accionante considera vulnerados, e interpretaron que la vía idónea para que el afectado solicite el beneficio en cuestión e impugne la resolución que considera arbitraria es la ordinaria prevista por el artículo 15 de la ley 24463.

– III –

Se agravia el quejoso, porque considera arbitrario al decisorio, ya que el *a quo* omitió valorar elementos esenciales para la procedencia de la vía intentada, pues, el rechazo del pedido de pensión por fallecimiento –de quien fuera su pareja conviviente– solicitado a la A.N.Se.S, se basó exclusivamente en su identidad de sexo con el causante, circunstancia que lo llevó a incoar la acción de amparo –a fin de hacer cesar los efectos del acto lesivo–; tampoco se tuvo en cuenta –indica– su avanzada edad, delicado estado de salud y el carácter alimentario de la prestación solicitada. Deja planteada –para el caso en que proceda– la declaración de inconstitucionalidad del artículo 53 de la ley 24241.

Arguye que se efectuó una interpretación formalista y dogmática sobre la procedencia de la acción y, para ello, invoca garantías y derechos regulados en los artículos 14 bis, 16, 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

– IV –

En primer lugar, cabe recordar que V.E. tiene establecido que la ausencia de sentencia definitiva no puede ser suplida por la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas, ni por la pretendida arbitrariedad del pronunciamiento o la alegada interpretación errónea del derecho que exige el caso (v. Fallos: 325:3476; 326:1663; 327:2048, entre otros). En este sentido, considero no se encuentra configurado dicho requisito desde que los jueces en su pronunciamiento dejaron a salvo la posibilidad del apelante de recurrir a la vía reglada en el artículo 15 de la ley 24463.

Sin perjuicio de ello, y a fin de evitar el peligro de una eventual caducidad de derechos de eminente naturaleza alimentaria creo que,

como V.E. ya lo ha hecho en otras oportunidades, podría reencauzar este proceso conforme lo resuelto por la Sala. Cabe recordar aquí que el Máximo Tribunal ha establecido que, los jueces deben interpretar con la máxima prudencia las leyes previsionales, especialmente cuando un criterio restrictivo en esa materia puede conducir a la pérdida de un derecho de aquella índole (v. Fallos: 320:2340, especialmente consid. 4°).

A mayor abundamiento, la cuestión planteada hace necesario señalar la doctrina sentada por V.E. en lo referente a que las leyes 24.463 y 24.655, las cuales sustituyeron los regímenes legales anteriores, introdujeron importantes reformas al procedimiento judicial de la seguridad social, tales como la federalización del fuero y la creación de la primera instancia. Se estableció a partir de estas normas, que las resoluciones de la A.N.Se.S. debían impugnarse ante los juzgados de la Capital Federal que se creaban y ante los federales con asiento en las provincias, dentro del plazo de caducidad previsto por el art. 25 de la ley 19.549, mediante demanda de conocimiento pleno a tramitar por las reglas del proceso sumario del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aparte de lo cual se dispuso que la A.N.Se.S. actuaría como parte demandada (art. 15 de la citada ley 24.463). En este sentido, se ha establecido que, al fijar la competencia de los juzgados de primera instancia la ley 24.655 incluyó, además de las causas enunciadas en el citado art. 15 de la 24.463, a “las demandas que versen sobre la aplicación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones establecido por la ley 24.241 y sus modificatorias” (conf. considerandos 3° y 5° del Tomo de Fallos: 324 página 1405).

Por otro lado, no es ocioso mencionar, que recientemente ha sido sancionada la Resolución 671/2008 del A.N.Se.S. (B.O. del 27/08/2008), la cual incluye, en su artículo primero, a los convivientes del mismo sexo dentro de los alcances del artículo 53 de la ley 24241.

– V –

Por lo expuesto precedentemente, y considerando las particulares circunstancias que rodean al caso pues, de un lado, al haberse rechazado *in limine* la presente acción, no se ordenó –consecuentemente– el traslado de la misma al ente previsional, y de otro, desde el inicio de estas actuaciones han transcurrido más de 3 años, con el fin de evitar nuevas demoras y atendiendo al principio de economía y celeridad

procesal, aconsejo que prosiga entendiendo el juez competente ante quien se encausó la demanda, a fin de que prescindiendo del *nomen juris* utilizado por el peticionante, se substance sin más el trámite (en este sentido v. doctrina de Fallos: 316:3209).

– VI –

Sin perjuicio de ello y en cuanto al fondo del asunto, este Ministerio Público Fiscal tuvo oportunidad de pronunciarse en los autos S.C.M. N° 2230, L.XL; caratulado: “M. J. J. c/ A.N.Se.S. y otros”, dictamen del señor Procurador General de la Nación, con fecha 28 de junio de 2007.

Por ello, soy de opinión que, corresponde reencauzar el proceso conforme lo aconsejado y con el alcance indicado en el acápite IV. Buenos Aires, 9 de septiembre de 2008. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa González, Roberto c/ Administración Nacional de la Seguridad Social”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente la presentación directa y el recurso extraordinario interpuesto, se deja sin efecto la sentencia apelada y se ordena reencauzar el procedimiento conforme lo indicado en el capítulo IV del dictamen que antecede. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

Recurso de hecho interpuesto por: el **Dr. Julián Díaz Bardelli, letrado apoderado de Roberto González.**

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

Tribunal de origen: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n° 5.**

GRUPO REPUBLICA S.A. c/ AFIP DGI RESOL. 32/01 Y 71/00
s/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA

IMPUESTO A LAS GANANCIAS.

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda considerando que la venta del inmueble no reunía el requisito previsto por el art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, consistente en que la entidad continuadora debía proseguir la actividad de la empresa reestructurada u otra vinculada, si el Banco demandante no logró acreditar el desarrollo de la actividad constructora e inmobiliaria alegada, por lo que la venta del inmueble no puede considerarse incluida en un proceso de reorganización, máxime teniendo en cuenta que la empresa constructora le transfirió su dominio el mismo día en que el Banco se lo vendió a otra empresa, quedando sin asidero los argumentos relativos a la supuesta actividad inmobiliaria de la entidad bancaria.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Grupo República S.A. c/ AFIP DGI – resol 32/01 y 71/00 s/ Dirección General Impositiva”.

Considerando:

1º) Que Grupo República S.A. (sociedad anteriormente denominada Banco República S.A.) impugnó, en los términos del art. 23 de la ley 19.549, la resolución de la AFIP-DGI que, por considerar que la

venta del inmueble de su propiedad ubicado en la calle Bouchard 685 –conocido como Edificio “República”– a favor de República Compañía de Inversiones S.A., cuando aquél aún conservaba la autorización para funcionar como banco comercial, no constituyó una reorganización empresaria en los términos del art. 77 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, declaró que los resultados surgidos de aquella operación se encontraban alcanzados por los impuestos a las ganancias y de sellos, y lo intimó a rectificar las declaraciones juradas del primero y a proceder a su pago con más los accesorios correspondientes (conf. resoluciones AFIP-DGI 71/2000 y 32/2001, glosadas a fs. 118/120 y 154/157, respectivamente).

2º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar la sentencia de la anterior instancia, rechazó la demanda (conf. fs. 445/449 vta.).

Para decidir en el sentido indicado, consideró que la venta del inmueble no reunía el requisito previsto por el art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, consistente en que la entidad continuadora debía proseguir la actividad de la empresa reestructurada u otra vinculada. Al respecto señaló que no se advertía en autos la “continuación [de] la explotación de un negocio en marcha”. En tal sentido tuvo en cuenta que “la decisión de vender el edificio se tomó cuando las obras de construcción de éste aún no habían terminado y no era susceptible de ser arrendado, y que la actividad de la empresa compradora [alquiler de las unidades del mismo a terceros] comenzó con la compra del edificio”.

Asimismo puntualizó que no surgía de las constancias de autos que el Banco Central de la República Argentina le hubiera exigido la venta del inmueble ni que las empresas hubieran decidido reorganizarse. En orden a ello puso de relieve que la entonces entidad financiera había resuelto vender el Edificio “República” a República Compañía de Inversiones S.A. para obtener fondos líquidos y realizar las utilidades derivadas del mayor valor del inmueble así transferido “tal como lo podría haber vendido a cualquier otra empresa interesada en adquirirlo y destinarlo a la obtención de rentas derivadas del alquiler de sus oficinas”. En virtud de ello consideró que “[a] partir de la venta, la empresa vendedora y la compradora prosiguieron con sus respectivas actividades independientes, sin que resulte posible afirmar que por la sola transferencia de ese bien se hayan reorganizado”.

Por último, relativizó la posibilidad de que pudiera tenerse por cumplido el requisito de continuidad de la actividad de la empresa reestructurada u otra vinculada a ella porque la actividad inmobiliaria no constituía una actividad autorizada legalmente en cabeza del Banco República S.A. ya que “de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la ley 21.526, las entidades financieras tienen prohibido explotar por cuenta propia empresas comerciales o de otra especie” (conf. fs. 449, considerando VI).

3° Que contra lo así decidido, Grupo República S.A. dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 453/453 vta.), que fue bien concedido por el *a quo* (fs. 482), en tanto se dirige contra la sentencia definitiva dictada en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte. El memorial de agravios obra a fs. 489/505 vta. y su contestación por el Fisco Nacional a fs. 510/518 vta.

4° Que en los términos en que ha quedado trabada la litis, la cuestión por resolver consiste en establecer si la venta del Edificio “República” por parte del Banco República S.A. a República Compañía de Inversiones S.A. constituyó un supuesto de reorganización de empresas en el concepto de la Ley del Impuesto a las Ganancias (ley 20.628, t.o. en 1986, arts. 77 y 78).

5° Que las referidas normas disponen un tratamiento especial para los casos de reorganización de “sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza” consistente en no gravar con el impuesto “los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización” y en permitir el traslado de los atributos fiscales (derechos y obligaciones fiscales) de la empresa reorganizada o reestructurada a la empresa continuadora. Cabe señalar que por reorganización la ley entiende “a) []a fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas”; “b) []a escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera” y “c) []as ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico” (art. 77, sexto párr.). Y como requisito para que se produzcan los efectos previstos en el citado régimen se establece 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” (art. 77, primer y segundo párr.; art. 78, primer párr.) (el subrayado es añadido).

6°) Que al respecto resultan inatendibles los agravios de la actora vinculados con la supuesta verificación de la actividad constructora e inmobiliaria que, según aduce, realizaba el Banco República S.A. al momento de la transferencia del bien a República Compañía de Inversiones S.A. –y que ésta última habría continuado posteriormente– con lo cual, en el concepto del recurrente, se cumpliría con el requisito al que se hizo referencia.

7°) Que, en efecto, el agravio de la apelante relativo a la invocada construcción del inmueble queda desvirtuado con lo expresado en la misma escritura de venta del referido inmueble limitado por las calles Bouchard, Tucumán y la avenida Madero, (escritura n° 184 del 28 de junio de 1996, cuya copia obra a fs. 21/27) de la que surge que la empresa Citiconstrucciones S.A. transfirió al Banco República el dominio del citado edificio en concepto de dación en pago y venta el mismo día en que éste se lo vendió a República Compañía de Inversiones S.A. por un precio de noventa y ocho millones de dólares (confr., en especial, la relación de antecedentes dominiales del bien consignada a fs. 26 –cont. pto. X–, aptds. a y d). Por lo tanto, al haber tenido lugar la adquisición y la venta del inmueble por parte del Banco República en el mismo día, carecen de asidero los argumentos expresados en el memorial de agravios, relativos a la supuesta actividad inmobiliaria de la entidad bancaria que habría adquirido el referido inmueble, y emprendido la construcción de un edificio en ese terreno con el propósito de obtener ganancias con la locación de sus unidades (confr. memorial de agravios, fs. 496 vta. –2° párrafo– y reit. de arg. a fs. 498 –2° párrafo– y a fs. 498 vta. –2° párrafo–).

8°) Que, por lo demás, la recurrente tampoco ha logrado demostrar que desarrollase la actividad inmobiliaria respecto de otros “diferentes proyectos, entre los que se encontraba precisamente el Edificio República” (conf. fs. 496 vta. –últ. párr.–).

9°) Que en primer término debe señalarse que en sustento de tal afirmación la apelante reproduce manifestaciones que no se corresponden con los dichos de la perito contadora obrantes en el informe contable agregado a fs. 371/385 o, en el mejor de los casos, resultan incompletas.

Así, cabe observar que cuando dice: “[n]ote V.S. que el informe pericial contable señala que: ‘...el Banco República desarrollaba la actividad inmobiliaria anteriormente a la adquisición del ‘Edificio República’ y la continuó realizando posteriormente a la venta de éste” (conf. fs. 497 –1º párr.–) hace referencia a un comentario de su propio consultor técnico agregado a continuación de la respuesta del perito contador designado de oficio al punto “D” del cuestionario (conf. fs. 381 y 383 –7º párr.–), que constituye una opinión parcial desprovista de objetividad.

Tampoco es relevante la transcripción del pasaje del dictamen en que “la perito oficial expuso ...que: ‘...Banco República S.A., posteriormente a la transferencia del ‘Edificio República’, continuó con la actividad inmobiliaria, según surge de los Estados Contables de publicación de dicha empresa” (confs. fs. 497 –2º párr.) si no se la acompaña e integra con la aseveración del peritaje que el memorial de agravios omite reproducir y según la cual “independientemente de lo expuesto en los párrafos anteriores ... sobre el mencionado bien, a la fecha de la escritura traslativa de dominio, no se había comenzado a desarrollar la actividad inmobiliaria” (conf. fs. 383 –5º párr.–).

10) Que sin perjuicio de lo expuesto resulta menester señalar que el peritaje contable producido en autos resulta inconsistente para acreditar que el Banco República construyó el edificio en cuestión y para tener por probado que elaboró, ejecutó y desarrolló los “diferentes proyectos” inmobiliarios que invoca (conf. fs. 496 vta./497). En tal sentido, resta valor al peritaje de autos el hecho que la profesional interviniente haya basado el examen de la información relativa al Banco República exclusivamente en la mera lectura “de los Estados Contables de publicación de dicha empresa” terminados al 31 de diciembre de 1996 y 1995 (conf. fs. 383 –2º párr.–) sin haber compulsado la documentación respaldatoria que habría servido de base para su elaboración.

Adicionalmente cabe señalar que la presunción de validez de aquellos, y en este caso, la referencia a que el Edificio ‘República’ “se encontraba expuesto dentro del rubro Bienes Diversos como una obra en curso” (conf. fs. 383), ha quedado desvirtuada mediante la escritura traslativa de dominio del citado inmueble de cuyos términos surge que el bien no alcanzó a estar un solo día en el patrimonio de la entidad financiera.

Por lo demás cabe precisar que del informe agregado a la causa no surge que la perito contadora haya examinado convenios de servicios

para la proyección y dirección de obras, o compulsado facturas por honorarios, por adquisición de materiales para la construcción, o tenido a la vista certificaciones de avances de obra y otros documentos afines a la actividad inmobiliaria que se pretende acreditar –v.gr. contratos de locación–.

11) Que la endeblez de la prueba pericial producida en autos adquiere especial relevancia frente a las siguientes circunstancias: 1) los estados contables que se mencionan en el peritaje contable nunca fueron agregados a las presentes actuaciones, 2) “la copia del balance cerrado al 31/12/96” que la actora ofreció acompañar a autos y que se tuvo por producida en primera instancia al clausurarse el período probatorio tampoco fue agregada pese a haberse afirmado lo contrario (conf. fs. 13 vta. *in fine*, 81 vta. –1º párr.–, 167 vta. –1º párr.–, 289 vta. –1º párr.–; proveído de fs. 298 y ratificación de fs. 298 bis; conf. auto de fs. 361; conf. alegato de bien probado –fs. 373 *in fine*– y contestación del traslado del recurso de apelación interpuesto por la AFIP-DGI contra la sentencia de primera instancia –fs. 439 *in fine*–), y 3) las copias de los estados contables glosadas a fs. 38/70 no corresponden a las mencionadas en el peritaje contable ya que se trata de documentación contable preparada respecto de los trimestres económicos terminados el 31 de marzo de 1996 y 1995 y no sólo carecen de las notas informativas agregadas al pie de las que se habría extraído la información para evacuar los puntos objeto del peritaje sino que tampoco ofrecen certidumbre sobre su contenido en tanto los auditores omitieron expresamente consignar opinión alguna sobre su razonabilidad (conf. informe de los auditores –revisión limitada–, fs. 38).

12) Que en otro orden de cosas resulta necesario destacar que la apelante se encontraba alcanzada por el art. 28 de la ley 21.526 que le vedaba explotar “por cuenta propia empresas comerciales, industriales, agropecuarias, o de otra clase, salvo con expresa autorización del Banco Central... estableciendo... límites y condiciones que garanticen la no afectación de la solvencia y patrimonio de la entidad”, y no acompañó a estos autos ningún elemento que puede considerarse habilitante a tales fines.

Por un lado, el estatuto social obrante a fs. 183/193 no es el vigente al momento de la venta del Edificio “República” sino el resultado de su reforma –comprensiva del cambio de denominación de “Banco República S.A.” a “Grupo República S.A.”– acaecida con motivo de la revocación de la autorización para funcionar como banco comercial (se-

gún resolución BCRA 145 de fecha 30 de marzo de 2000, cit. a fs. 184 –renglones 22 a 25– y vta. –renglones 26 y 27–).

Por otra parte debe señalarse que de la resolución BCRA 395/96 del 28 de agosto de 1996 agregada a fs. 83/90 tampoco surge que la entidad financiera haya solicitado autorización al Banco Central para llevar a cabo la actividad constructora e inmobiliaria alegada y que el ente rector del sistema financiero la haya concedido. Lejos de ello, mediante dicha resolución el Banco Central le concedió una excepción reglamentaria para que no se la considerara incurso en infracción de las normas de fraccionamiento de riesgo crediticio en virtud de haber realizado ciertas operaciones que informó la habrían colocado en tal situación, entre ellas, la concesión de un préstamo de largo plazo “a una sociedad constituida por los mismos accionistas de la entidad” a fin de financiarle el pago del saldo de precio por la venta del Edificio “República” cuyo valor se fijó en u\$s 98.000.000 (conf. fs. 84 *in fine*/85 y fs. 90 –pto. 2 de la parte resolutive–).

13) Que, en tales condiciones, corresponde concluir que el Banco República no ha logrado acreditar el desarrollo de la actividad constructora e inmobiliaria alegada, por lo cual cabe coincidir con la cámara en cuanto a que la venta del inmueble no puede considerarse incluida en un proceso de reorganización en los términos del art. 77 de la Ley del Impuesto a las Ganancias.

Por ello, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso ordinario interpuesto por **Grupo República S.A.**, representado, en el memorial de agravios, por el **Dr. Fabián O. Cainzos**, en su carácter de apoderado, con el patrocinio letrado de la **Dra. María Mercedes Premrou**.

Traslado contestado por el **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado por el **Dr. Omar Eduardo Capalbo**, en calidad de apoderado, con el patrocinio letrado de la **Dra. Alcira Souto**.

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 n° 8**.

GUILLEN, HILDA ALICIA GERALDINE c/ PARRA, CARLOS DANIEL Y OTRO
s/ ACCIDENTE – ACCIÓN CIVIL

SERVICIO DOMESTICO.

Corresponde revocar la sentencia que admitió el reclamo por un accidente que le costó la vida a quien se encontraba realizando tareas domésticas para los demandados si los jueces no precisaron en forma razonada e integral en qué presupuesto del art. 1113 del Código Civil –que destacan como aplicable al caso– encuadra concretamente la situación de autos, ni efectúan una adecuada correlación y síntesis con la posibilidad que emana de lo dispuesto por el art. 1111 de dicho ordenamiento cuando pudieran mediar factores concurrentes y tampoco explican en forma precisa y en el contexto efectivo de los hechos de la causa, el concepto de culpa suficiente y de nexo causal adecuado que invocan.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

INDEMNIZACION.

Corresponde hacer lugar al agravio referido a los importes de la condena impuesta a raíz de los daños que la actora dijo haber sufrido con motivo del accidente mortal de su madre ocurrido mientras se desempeñaba como empleada del servicio doméstico de los demandados, si las referencias o alusiones que contiene, por su excesiva latitud, no permiten de manera alguna explicar cómo se arribó a dichos importes, máxime cuando se los consideró debidos desde la fecha del deceso (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Los Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, por mayoría, al revocar la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda, admitieron el reclamo por el accidente, que le costó la vida a Ignacia Torres, en ocasión de encontrarse realizando tareas domésticas en el inmueble de propiedad de los demandados. Por ello, condenaron a éstos y con fundamento en lo establecido por el art. 1113 del Código Civil, al pago de la suma de \$ 155.000 con más intereses y gastos cuya liquidación, vale señalar, asciende ahora a \$ 608.504,75 (v. fs. 886/898 y fs. 812/816, respectivamente, de los autos

principales, fojas que citaré de ahora en adelante salvo indicación en contrario).

Contra dicho pronunciamiento, la parte demandada dedujo recurso extraordinario, luego denegado (fs. 914/947; fs. 969) dando motivo a la interposición de la presente queja (v. fs. 64/72 del cuaderno respectivo).

– II –

Si bien los agravios que la integran remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia ajena por su naturaleza a la instancia del artículo 14 de la ley 48, V.E. tiene dicho que ello no resulta óbice para abrir el recurso cuando se ha omitido dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a los términos en que fue planteada, el derecho aplicable invocado y la prueba rendida, habiendo establecido también que si los argumentos expuestos por los jueces han franqueado el límite de razonabilidad al que está subordinada la valoración de la prueba, el pronunciamiento no constituye un acto judicial válido (v. doctrina de Fallos: 311:1656, 254; 317:768 entre otros).

Tal circunstancia de excepción se configura, como se verá a mi juicio en el caso. En efecto, los jueces no precisaron en forma razonada e integral en el marco de una acción como la presente fundada en el derecho común, en qué presupuesto del art. 1113 del Código Civil –que destacan como aplicable al caso– encuadra concretamente la situación de autos. Ni siquiera efectúan una adecuada correlación y síntesis con la posibilidad que emana de lo dispuesto por el artículo 1111 de dicho ordenamiento de fondo –que estiman los apelantes– cuando pudieran mediar factores concurrentes. Tampoco explican en forma precisa y en el contexto efectivo de los hechos de la causa, el concepto de culpa suficiente y de nexos causal adecuado que invocan. Y es que si bien en un momento, parecen descartar la necesidad de apreciar el problema de la culpa de la víctima como atinente lo cierto es que luego retoman dicho tema –e introducen ahora la condición de culpa “suficiente”– y, desde la perspectiva del nexo causal, imponen al dueño el deber de probar –para eximirse de responsabilidad– que el acaecimiento del hecho se vincula con el “exclusivo obrar de la víctima” con cita de jurisprudencia que, como destacaré en el punto IV penúltimo párrafo no resulta aplicable al caso, circunstancia ésta que pone en evidencia que, en definitiva, la línea argumental que sostienen resulta cuando menos imprecisa.

– III –

Aun cuando pareciera que principalmente se imputa el desenlace fatal al empleador pues “imponía” a la trabajadora una actividad riesgosa “la limpieza por fuera de ventanales de gran envergadura ubicados en el piso 11 del edificio”, lo cierto es que lo único demostrado en el juicio es que la tarea de la empleada doméstica consistía en limpiar los vidrios de una ventana actividad cuyo peligro ínsito cabe descartar.

En efecto, en esta cuestión resultaban cruciales las conclusiones del perito ingeniero designado de oficio –que los jueces mencionan al pasar pero no justiprecian en este aspecto– en cuanto coincidentemente con lo declarado por el encargado del edificio estableció que no era necesario “pararse o sentarse sobre el marco de la ventana para realizar las tareas de limpieza de los vidrios del dormitorio” (v. fs 591). Además la existencia de un panel fijo en la vista mencionada evidencia la casi imposibilidad de caer al vacío sin montarse a ella (v. pericia de fojas 590), conducta que aparece demostrada en la declaración del único testigo presencial del hecho (v. fojas 16). Estos elementos de juicio, a mi modo de ver, tornan secundario el debate relacionado con la falta de certeza –certidumbre que los jueces interpretan como requisito esencial que emana del art. 1111 del C.C. pero aislado como dije de su contexto– sobre si la occisa cortó o no intencionalmente el precinto de la reja que cubría la ventana.

Debo observar que la efectividad de la prueba testimonial mencionada se descartó con fundamentos que se apartan de la sana crítica pues los jueces erróneamente dicen que no existía el balcón al que se refiere el testigo cuando en realidad había un balcón pero en el piso inferior –v. fotos agregadas a la pericia obrante en autos y relato de la demanda–. Por otra parte, la propia demandada hace mérito de dicha declaración; fue la actora la que la agregó al proceso y también invocó en resguardo de su posición –como señala el magistrado que votó en primer término–, por lo que carece de razonabilidad descartarla con fundamento en el derecho a repreguntar de las partes. Finalmente no parece prudente la imputación al empleador sobre su omisión de control y de dar instrucciones adecuadas respecto a la forma de limpiar una ventana, cuando los propios magistrados estiman de la declaración del contratante que había llamado la atención a la empleada sobre tales aspectos.

– IV –

Tampoco puede prestar sustento a la sentencia ni el precedente publicado en Fallos: 319:294 –citado por la Cámara–, el que se refiere a un caso diverso desde que allí la Corte consideró probada la *orden* de engrasar *a mano* una *hormigonera*, es decir realizar la tarea en forma riesgosa, aspecto que, como vengo sosteniendo, no está demostrado en el caso, ni las circunstancias tenidas en cuenta en el fallo “Trejo” sentenciado por mayoría por el Tribunal el 24 de noviembre de 2009, con remisión al dictamen de esta Procuración General de la Nación pues allí se trataba de una máquina balancín con un gancho y en dicho pronunciamiento se hizo mérito de la obligación de control del empleador pero en el marco de una actividad fabril riesgosa. En ninguno de dichos precedentes se había debatido ni interpretado el alcance del artículo 1111 del Código Civil.

En tales condiciones, desde que el pronunciamiento del *a quo* sólo halla fundamento en argumentos aparentes que no se ajustan a las constancias del proceso evidenciando un análisis parcial y aislado de los diversos elementos del juicio obrantes en autos, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto, se impone descalificarlo.

– V –

Por lo expresado, teniendo especialmente en cuenta los altos montos debatidos y la condición de ambas partes que imponen a los jueces una particular prudencia en el estudio de este tipo de cuestiones, opino que debe hacerse lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada, y disponer vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Buenos Aires, 17 de noviembre de 2010. *Marta A. Beiró de Gonçalvez*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Elsa Marta Rodríguez Romero por sí y en representación de sus hijos menores Victoria

Parra y Daniel Parra en la causa Guillén, Hilda Alicia Geraldine c/ Parra, Carlos Daniel y otro s/ accidente – acción civil”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente la queja y el recurso extraordinario interpuestos y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y remítase.

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

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que la señora Hilda A. G. Guillén, con base en el Código Civil, demandó ante la justicia laboral a los empleadores de su madre, por indemnización de los daños que aquélla dijo haber sufrido con motivo del accidente mortal de esta última, ocurrido mientras se desempeñaba como empleada del servicio doméstico de los demandados. El reclamo fue rechazado en primera instancia, mas progresó ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, con la disidencia de uno de los jueces que consideró que el infortunio fue responsabilidad exclusiva de la víctima. La mayoría, en lo que interesa, fijó a favor de la actora una indemnización de \$ 100.000 por la incapacidad del 25% del “valor síquico integral” causada por el cuadro de “duelo patológico

moderado”; \$ 50.000 por daño moral, y \$ 5.000 por gastos de sepelio, todo lo cual, agregó, “devengará intereses desde el momento del deceso de la víctima (19-2-2002) y hasta el efectivo pago, a la tasa activa [...]”, lo cual daría como resultado \$ 444.974, para fines de octubre de 2009, según la liquidación practicada por la actora (fs. 1029 del expediente principal, agregado por cuerda). Contra esa sentencia, la parte vencida dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja.

Que con excepción del que será tratado seguidamente, los agravios son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Esta salvedad obedece a que, respecto de los cuestionamientos vinculados con los importes de la condena, el fallo apelado es susceptible de la tacha de arbitrariedad que se le dirige, puesto que las referencias o alusiones que contiene, por su excesiva latitud, no permiten de manera alguna explicar cómo se arribó a dichos importes, máxime cuando se los consideró debidos desde la ya recordada fecha del deceso. Cabe agregar, incluso, que uno de los jueces que integró la mayoría en la decisión de fondo, al pronunciarse sobre la aclaratoria posteriormente planteada por la demandada y rechazada por los otros dos magistrados con base en que excedía el marco de ese medio procesal, expresó en su disidencia: “es evidente que se ha padecido, por mi parte un error material, susceptible de ser corregido por razones de economía procesal [...] es jurisprudencia reiterada de este tribunal que integro, que cuando el reclamo fue articulado por la vía del derecho civil, la cuantificación del monto se efectiviza y aprecia en el momento mismo de dictar sentencia asumiendo la diversidad de datos y parámetros del expediente. Luego, es a partir de ese momento en que deben liquidarse los intereses” (fs. 948 del expediente citado).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada con los alcances indicados, con costas por su orden. Hágase saber, devuélvase el depósito, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por el **Dr. Carlos Alberto Miodownik Vera**, en representación de **Elsa Marta Rodríguez Romero** y de sus hijos **Daniel Parra** y **Victoria Parra**, con el patrocinio letrado del **Dr. Gustavo A. Bossert**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 3.**

MIGOYA, CARLOS ALBERTO c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTROS
s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

PODER DE POLICIA.

Al haberse extralimitado en el uso de los medios coercitivos lícitos, corresponde admitir la responsabilidad del Estado provincial por su falta en la prestación del servicio de seguridad, ya que –lejos de prevenir desmanes y garantizar la seguridad del público asistente al partido de fútbol– la conducta del personal policial no evidenció una adecuada capacitación para la emergencia, en tanto no se ajustó a las directivas impartidas por sus superiores –que ordenaban su repliegue– y se involucró finalmente en una suerte de riña descontrolada con la concurrencia, que se tradujo en la lesión de numerosos espectadores ajenos a cualquier actitud provocadora o violenta, pese a que el ejercicio de policía exige a los agentes que intervienen la preparación adecuada para preservar racionalmente la integridad física de los miembros de la sociedad y sus bienes.

–En similar sentido, precedente M.31.XXXVII. Molina, Alejandro Agustín, de la misma fecha–.

OBLIGACION DE SEGURIDAD.

Corresponde admitir la responsabilidad del club demandado si –en su calidad de organizadora del espectáculo deportivo– tiene una obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento general en el art. 1198 del Código Civil y en especial en las leyes 23.184 y 24.192, sin que se pueda admitir como eximentes al accionar de los simpatizantes del club visitante o bien a la conducta de los efectivos policiales desplegados en el estadio (en buena medida contratados por la entidad), ya que no se trataría de terceros por los que el organizador no deba responder, y máxime cuando la conducta del personal destacado en las puertas de acceso al estadio, con el auxilio del personal policial, se reveló claramente como insuficiente, en tanto no se logró asegurar que los asistentes no ingresasen con objetos peligrosos, cuya detonación apareció como generadora de los desmanes.

–En similar sentido, precedente M.31.XXXVII. Molina, Alejandro Agustín, de la misma fecha–.

PERICIA MEDICA.

Teniendo en cuenta que los dictámenes periciales en nuestro sistema no revisten el carácter de prueba legal y están sujetos a la valoración de los jueces con arreglo a las pautas del art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y ante la ausencia absoluta de una historia clínica, o de estudios o certificados médicos contemporáneos a las lesiones sufridas, las conclusiones del peritaje aparecen como carentes de todo fundamento objetivo y traducen sólo una conjetura de la experta que descansa en la certeza de la versión de los hechos aportada por el actor y el conjunto de signos y síntomas que resultarían del reconocimiento médico y de que dan cuenta los estudios complementarios realizados a la fecha del dictamen –a más de tres años del hecho dañoso– no pueden ser interpretados sin más como secuelas de las lesiones sufridas por el actor, ya que la relación de causalidad exige un sustento científico del que carece dicho informe.

DAÑO MORAL.

Resulta procedente el reclamo de daño moral, detrimento de índole espiritual que debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume –por la índole de la agresión padecida por el demandante al encontrarse presenciando un partido de fútbol– la inevitable lesión de sus sentimientos y, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir –dentro de lo humanamente posible– las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el actor, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La cuestión debatida en autos guarda sustancial analogía con la examinada en mi dictamen del día de la fecha, *in re* M.31, L.XXXVII, “Molina Alejandro Agustín c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ Daños y Perjuicios”, a cuyos fundamentos me remito en cuanto fueran aplicables al *sub judice*.

Dejo así contestada la vista conferida respecto a la cuestión federal traída a objeto de consulta. Buenos Aires, 6 de octubre de 2004.
Ricardo O. Bausset.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, de los que

Resulta:

I) A fs. 19/32 se presenta Carlos Alberto Migoya e inicia demanda por daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires, Quilmes Atlético Club y la Asociación del Fútbol Argentino.

Dice que el 6 de noviembre de 1999 concurrió a la sede de Quilmes Atlético Club, ubicado en la localidad de Quilmes, debido a que se disputaría un partido de fútbol entre el equipo local y el Club Nueva Chicago.

Relata que se sentó como simpatizante de Nueva Chicago en la bandeja baja y esperó el comienzo del encuentro. Pasados unos minutos de iniciado el partido, la policía de la Provincia de Buenos Aires ingresó en la tribuna visitante y, sin motivo alguno, disparó balas de goma contra los hinchas de Nueva Chicago lesionando a un gran número de ellos. En esas circunstancias, el actor recibió más de veinte impactos “simultáneos” en el cuerpo, por lo que perdió el equilibrio a la vez que fue atropellado por la “avalancha” producida por la “estampida” de otros espectadores que buscaban lugares para refugiarse de la “salvaje agresión”. Ello hizo que su cabeza golpeará muy fuerte contra los peldaños de la tribuna, por lo que quedó tendido sin conocimiento y en grave estado.

Manifiesta que en ocasión de suscitarse los hechos no se habían producido incidentes dentro del estadio ni fuera de él. Aclara que las “hinchadas” y los “dirigentes” de los referidos clubes mantienen una “amistad” desde hace más de veintiséis años, por lo que no existen riesgos para los que asisten a estos partidos. Agrega además que no pertenece a la “barra brava” de Nueva Chicago y que, por el contrario, es un hombre de trabajo y padre de familia.

Aduce que como consecuencia del hecho debió ser trasladado al Hospital General de Agudos “Francisco Santojanni”. Señala que intervino

la Unidad Funcional de Instrucción n° 2 del Departamento Judicial de Quilmes, en la que tramita la causa penal n° 36.284 (fs. 20 vta.).

A continuación realiza consideraciones acerca de la responsabilidad de cada una de las demandadas. Sostiene así que la responsabilidad de la Provincia deriva del mal ejercicio del poder de policía de seguridad, toda vez que las graves lesiones que sufrió fueron ocasionadas por los “proyectiles” que disparó la demandada. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

En cuanto a la Asociación del Fútbol Argentino, funda su responsabilidad en su condición de organizadora del campeonato y en los beneficios económicos que tales torneos le reportan. Con respecto al Quilmes Atlético Club considera que fue en su estadio en donde ocurrieron los hechos y quien contrató el personal de seguridad (fs. 20 vta.).

Recuerda además que la ley 23.184 consagra una responsabilidad objetiva, con fundamento en el riesgo creado, que prescinde de toda idea de culpa por parte del sujeto obligado a resarcir frente al espectador que sufre un daño, en estadios de concurrencia pública, durante un espectáculo deportivo (fs. 21).

Precisa la naturaleza de los daños por los que reclama y su cuantía. Funda en derecho su pretensión y ofrece prueba. Finalmente, pide que se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.

II) A fs. 141/152 comparece la Asociación del Fútbol Argentino, por medio de apoderado. Niega los hechos invocados por el actor e impugna la liquidación practicada.

Expresa que se trata de una asociación civil, con personalidad jurídica, cuyo objeto es fomentar la difusión del fútbol y asociar a las distintas entidades para coordinar su práctica de acuerdo a las reglas de juego determinadas por la Federación Internacional de Fútbol, a la que, a su vez, está afiliada.

Sostiene que la Asociación del Fútbol Argentino y los clubes determinan los campeonatos que se disputarán durante cada temporada y que aquella se limita sólo a organizarlos, a adjudicar las calidades deportivas de local y visitante a los oponentes de cada partido, y a juzgar las eventuales inconductas de los protagonistas del evento (fs. 143).

Afirma que el partido se jugó en el estadio de propiedad del Quilmes Atlético Club y revistió la calidad deportiva de local. Agrega que el día del hecho lo único que hizo la entidad fue programar el partido, estableciendo el lugar, día y hora; por lo tanto, cumplida esa función, las consecuencias del juego corrían por cuenta exclusiva de los clubes que iban a jugar.

Señala que el club local organiza, controla y es responsable de su realización, correspondiéndole, entre otras tareas, la venta de las entradas para acceder al estadio, distribuir la recaudación obtenida, recibir a los jugadores así como a sus colaboradores y auxiliares, la designación de las personas que deben controlar el ingreso y el egreso del público, la protección de los concurrentes al partido y a las dependencias del estadio, la contratación del personal de policía para prevenir y asegurar el mantenimiento del orden y reprimir toda inconducta posible, como así también la contratación de los seguros del caso (fs. 142 vta. y 144 vta.).

Agrega que la Asociación del Fútbol Argentino carece de poder de policía, por lo que no puede revisar ni controlar a los espectadores (fs. 144 vta.).

Entiende que ha cumplido las obligaciones que le son propias y que por su función “exclusiva” de programar el partido no pudo prever ni evitar el perjuicio resultante, por lo que no es la Asociación la llamada a responder.

Impugna los rubros y los montos reclamados, en particular niega que el actor trabaje como chofer y reciba una remuneración mensual.

Subsidiariamente, plantea la inconstitucionalidad del artículo 33 de la ley 23.184 y de su concordante artículo 51 de la ley 24.192, por violar los artículos 16, 17, 18, 28 y 33 de la Constitución Nacional. Alega que la legislación que impugna, al consagrar un régimen de responsabilidad objetivo, es más riguroso que el previsto en el artículo 1113 del Código Civil, que admite como eximente de responsabilidad la culpa y el dolo de un tercero –oficial de policía– por quien no se debe responder.

Pide la citación en garantía de “El Surco Compañía de Seguros Sociedad Anónima”, empresa con la que tiene contratado, por sí y en

representación de sus clubes afiliados, un seguro de responsabilidad civil y por accidentes personales de los espectadores. Ofrece prueba y solicita que se rechace la demanda, con costas.

III) A fs. 165/170 se presenta por medio de apoderado el Quilmes Atlético Club, contesta la demanda y niega, también, los hechos invocados.

Manifiesta en relación a la previsión contenida en el artículo 1113, párrafo segundo, del Código Civil, que si bien los hechos sucedieron en el establecimiento deportivo ninguna responsabilidad le cabe como dueño, ya que el daño fue causado por la Policía de la Provincia de Buenos Aires por quien no debe responder.

Sostiene en relación a su responsabilidad como organizador, que se tomaron todas las medidas para la realización de un espectáculo de estas características y que contrató el servicio de la Policía Bonaerense para resguardar el orden en los espectáculos deportivos. Reitera que es esta última la que debe responder pues incurrió en culpa *in vigilando* e *in eligendo* por los hechos de sus dependientes (fs. 168). Señala que de “no haberse efectuado la represión en forma indiscriminada, generada o no por el accionar de los parciales de Nueva Chicago”, el actor no hubiera sufrido el daño que invoca y que a su parte no le consta. En este sentido, cita el artículo 43 del Código Civil y jurisprudencia en apoyo de su postura (fs. 168 vta.).

Afirma que la responsabilidad del club es nula, sea por la actitud de la demandada o de la parcialidad visitante ya que ambos desataron una verdadera batalla campal.

Impugna los rubros y la liquidación efectuada por la contraria por ser el reclamo “arbitrario” y “carente de sustentación fáctica y jurídica”. Solicita la citación en garantía de “El Surco Compañía de Seguros Sociedad Anónima”, ofrece prueba y pide que se rechace la demanda, con costas.

IV) A fs. 208/212 se presenta “El Surco Compañía de Seguros S.A.” y contesta la citación en garantía solicitada por la Asociación del Fútbol Argentino. Niega los hechos invocados y manifiesta que el daño alegado guarda relación de causalidad con el hecho de un tercero –policía provincial– extraño a su asegurada.

Impugna los rubros y montos solicitados por el actor y alega que los basa en un “supuesto fáctico falso” pues no ha acreditado la actividad de chofer en la que sustenta su reclamo (fs. 209 vta. y 210).

Por último, observa que la demanda no contempla la “necesaria” y “justa” atribución de responsabilidad de cada uno de los demandados. Ofrece prueba y pide que se rechace la demanda, con costas.

V) A fs. 225/228 contesta demanda la Provincia de Buenos Aires, por medio de apoderado. Niega los hechos invocados y la responsabilidad que se le imputa.

Sostiene que el artículo 51 de la ley 24.192 establece que “las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo, son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se generen en los estadios”, por lo que los codemandados son responsables de los supuestos daños producidos (fs. 226).

Recuerda que entre el organizador del juego y el espectador se celebra un contrato innominado que ha sido individualizado como de “espectáculo público”, por el cual aquél se compromete implícitamente a que nadie sufra un daño a causa de ese hecho. Agrega que en el caso de la Asociación del Fútbol Argentino no sólo organiza los torneos deportivos sino que también participa económicamente del provecho que rinden los mismos, por lo que se vale de dicha actividad en beneficio propio. Cita el precedente “Zacarías” de Fallos: 321:1124.

En otro orden de ideas señala que es el actor quien tiene la carga de probar que la policía actuó en forma ilegítima. No obstante, dice, si aún se determinase que la lesión que sufrió fue una consecuencia del accionar de la policía provincial, ésta se presume legítima y no debe fijarse indemnización alguna toda vez que fue para “repeler agresiones de inadaptados” (fs. 227).

Se opone a la prueba confesional ofrecida por el actor y manifiesta su desinterés por la prueba pericial contable. Pide el rechazo de la demanda, con costas.

VI) A fs. 35 el juez interviniente se declaró incompetente para entender en la causa. A fs. 42/43 y 681 dictaminan la señora Procuradora Fiscal y el señor Procurador Fiscal subrogante.

Considerando:

1º) Que frente al prolongado trámite al que ha dado lugar la sustanciación de este proceso y el tiempo transcurrido desde el llamamiento de autos para sentencia de fs. 727, evidentes razones de economía procesal como las señaladas en los precedentes “Punte” y “Cohen” (Fallos: 329:809 y 329:2088), así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes, en cuanto comprenden la necesidad de obtener una decisión judicial que ponga fin a la controversia (conf. “Barry, María Elena c/ Anses”, Fallos: 319:2151 y sus citas), llevan a dejar de lado en el *sub lite* el nuevo contorno del concepto de causa civil definido por esta Corte en “Barreto” (Fallos: 329:759), y, en consecuencia, a mantener la competencia originaria para dictar sentencia definitiva en este asunto (conf. “Mosca”, Fallos: 330:563).

2º) Que respecto de los hechos que motivan esta demanda, ha quedado probado: a) que el día 6 de noviembre de 1999 el actor concurrió al estadio del Quilmes Atlético Club, donde se llevó a cabo un encuentro de fútbol entre el equipo local y el de Nueva Chicago, y se ubicó en la bandeja baja del sector de la tribuna visitante junto a otros tres compañeros (cf. talón correspondiente a la entrada obrante a fs. 4, declaraciones testificales de fs. 302, 305 y 307, y el peritaje contable de fs. 450, respuesta segunda); b) que a los doce minutos de iniciado el partido se produjeron una serie de incidentes graves dentro y en las inmediaciones del estadio, que comenzaron cuando un “hincha” del club visitante arrojó una bomba de estruendo hacia el campo de juego y al intentar el personal policial detenerlo se derivó en un enfrentamiento de los espectadores con los efectivos, del cual resultaron numerosos heridos. Ello determinó la suspensión del encuentro y la clausura del estadio (cf. expediente penal venido *ad effectum videndi*, “Vaccaro, Marcelo Ariel, Comisso, Damián Carlos y Rosales, Pablo Daniel s/ atentado a la autoridad – resistencia – lesiones – daños s/ personal policial”, tramitado ante el Juzgado de Garantías n° 1, del Departamento Judicial de Quilmes, cuyas copias obran agregadas por cuerda; en particular, el informe del jefe de la División de Seguridad en el Deporte (fs. 181/182), el informe del árbitro del encuentro (fs. 183/184), el informe del jefe de Seguridad del Quilmes Atlético Club (fs. 185/186), las resoluciones 104/99 y 105/99 cuyas copias lucen en el anexo documental “C” y la copia de los diarios y revistas de fs. 187/203, que obran en el cuerpo I y en el anexo “A”; así como los artículos periodísticos publicados en el Diario “Popular” (fs. 7/9, 320/330 y 334/340), el Diario “El Sol”

(fs. 542/542 vta.) el Diario “Crónica” (fs. 553/555 y 556); c) que en esas circunstancias el actor fue alcanzado por varios disparos de bala de goma que impactaron en su cuerpo, que se cayó como consecuencia de ello y de una avalancha, por lo que recibió asistencia médica en el vestuario del club y luego en el Hospital General de Agudos “Donación F. Santojanni” (fs. 5/6, 302/307 y 368/384). Delimitada de este modo la base fáctica, corresponde delimitar el ámbito de responsabilidad atribuible a los codemandados.

3º) Que en autos se ha demandado a la Provincia de Buenos Aires por la actuación de sus agentes policiales. Al respecto, cabe recordar que la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes, no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 321:1124; 330:563 y 2748).

Esa responsabilidad directa basada en la prestación inadecuada del servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con aquél, y el grado de previsibilidad del daño. Dicho en otras palabras, se trata de un juicio sobre su prestación y, por ello, la responsabilidad involucrada es objetiva (Fallos: 321:1124 y 330:563, ya citados).

4º) Que conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal, el servicio de policía de seguridad se debe llevar a cabo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable el Estado provincial por los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 315:968, 1892 y 2330; 321:1124 y sus citas; 322:2002; 328:4175 y 330:563, entre otros).

5º) Que, con particular aplicación a los sucesos que originan la demanda, debe tenerse en cuenta que la ocurrencia de daños en los encuentros deportivos —especialmente en los partidos de fútbol— es

una lamentable realidad que se registra cotidianamente en nuestra sociedad, “siendo su causa la violencia de las hinchadas como también la inadecuación de los estadios y la falta de medidas tendientes a evitarlos” (Fallos: 321:1124, considerando 8° y 330:563, considerando 8°); debiendo tenerse en cuenta particularmente las condiciones de aquellas justas deportivas desarrolladas en estadios, por los riesgos que implica concentrar en ese ámbito a una multitud enfrentada por parcialidades y entregada a emociones muchas veces violentas. De este modo, el incremento de la peligrosidad de los eventos deportivos —especialmente los de concurrencia masiva con la problemática anexa de la intervención de fanáticos, “hinchas” y “barras bravas”— ha merecido la atención del Congreso, que ha sancionado una legislación específica tendiente a evitar la reiteración de hechos que afectan a los concurrentes a los estadios y, a veces, a personas totalmente ajenas al desarrollo del espectáculo mismo.

Paralelamente a los sistemas de responsabilidad civil —que actúan como reparación *ex post*— corresponde a los órganos de policía de seguridad la adopción de las medidas idóneas de prevención y control y, frente a la ocurrencia de posibles disturbios, se les exige una labor eficaz de disuasión y contención destinada, precisamente, a garantizar la seguridad de los presentes. Esta Corte ha destacado, en este sentido, que la seguridad —entendida como el derecho de asistir a un espectáculo público sin sufrir daño alguno— es un propósito que debe constituir la máxima preocupación por parte de quienes lo organizan, así como de las autoridades públicas encargadas de su fiscalización (causa “Mosca”, Fallos: 330:563, considerando 7°).

6°) Que consta en autos que la policía destinó efectivos para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio. Así del informe obrante a fs. 431/441, acompañado por la Superintendencia General de Policía, Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, expedido por la División Seguridad en el Deporte, surge que la comisaría jurisdiccional asignó para el partido una custodia de ciento setenta y cinco efectivos policiales, de los cuales ciento sesenta fueron abonados por el Quilmes Atlético Club y el resto lo hizo de servicio. Se aclaró que dicho número se estimó acorde a lo “usual” para un partido de la categoría “Primera Nacional B”.

Surge también, que tres días antes del evento se dispuso que el jefe del servicio sería el comisario Agustín Rodolfo Lencina, y que el personal policial se apostaría en las puertas de acceso al estadio y a

los vestuarios, y en la estación férrea local a fin de evitar desmanes en las parcialidades, que dos de ellos tendrían filmadoras a efectos de detectar a “barras bravas”, que se establecería un servicio en el exterior del estadio a fin de mantener distanciados a los simpatizantes de uno y otro equipo en el ingreso y egreso de la cancha, que personal policial realizaría junto con un perito en explosivos un amplio relevamiento de las instalaciones del estadio a fin de detectar explosivos o pirotecnia, y que se prohibiría el ingreso de bombos, tambores y banderas que excedieran los dos metros por un metro.

Estas medidas se complementarían, además, con móviles que realizarían continuas recorridas en las inmediaciones a fin de prevenir y reprimir ilícitos (ver la Orden de Servicio n° 66/99, fs. 434/437 y el texto de las previsiones de fs. 103/104 del anexo documental “B”).

7º) Que de los informes de fs. 93 vta./95, 101/107 del anexo documental “B” surgen constancias del plan operativo, el listado del personal policial que intervino, su ubicación en el campo de juego, el armamento y equipo que se utilizó en la disuasión de los participantes en los disturbios, tales como escopetas y munición de goma, “varitas de tránsito”, “tonfas”, cascos, escudos, bastones, canes y equinos, etc. En este punto, es dable poner de relieve que, en el cometido encomendado, el uso de estos elementos –tanto disuasivos como coercitivos– por parte las fuerzas policiales no constituye –en caso de suscitarse incidentes– un accionar antijurídico, desde que se trata de instrumentos no letales y su objetivo es la neutralización de desmanes potencialmente generadores de actos violentos o vandálicos. De modo que corresponde evaluar en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar, si el uso de la fuerza –en principio legítimo– fue proporcional a las amenazas o se excedió de sus límites, desvirtuando la finalidad a la que se encontraba ordenado.

8º) Que con arreglo a estas pautas, cabe adelantar en el *sub lite* que las numerosas pruebas colectadas son ilustrativas del proceder inadecuado de la policía de la Provincia de Buenos Aires. Así, por ejemplo, el testigo José Luis Meiszner señala que “...se comenzaron a escuchar detonaciones de bombas de estruendo en el sector de la tribuna ocupada por la hinchada de Nueva Chicago... el personal policial tomó intervención, ingresó a la tribuna por detrás de la hinchada... se dirigieron directamente a la persona que había hecho detonar la última bomba de estruendo... la hinchada impidió su detención y comenzaron a hacer forcejeos entre los hinchas y la policía”. Inmediatamente, continúa, se

empezaron a escuchar disparos de armas de fuego y se “veía caer gente y al personal policial disparar contra los hinchas... a distancias no mayores a los dos metros... disparaban a los hinchas por la espalda y en algunas oportunidades desde la tribuna superior... duró aproximadamente diez minutos...” (fs. 66/69 de la causa penal).

Los dichos del testigo Ameri resultan coincidentes con lo anterior en tanto puso de manifiesto que “el personal policial disparó con balas de goma sobre la hinchada a muy corta distancia, por la espalda y en forma desproporcionada” (fs. 120/121 de la causa penal).

En parecidos términos se expresó el testigo Bó, al señalar que la policía ingresó al lugar con el fin de detener a un hincha que “aparentemente había tirado algo, un cohete o una bomba de estruendo... que los hinchas entonces intentaron hablar con la policía... que de repente la policía comenzó a disparar”. Indica, asimismo, que él es la persona que “luce fotografiada de espaldas en la tapa del diario ‘El Sol’ del 8/11/99 y en la cual se aprecian los impactos de bala de goma que recibió... alrededor de 20 impactos de perdigones, de los cuales 14 le impactaron en la espalda... que la policía disparaba sobre la gente a una distancia de dos metros aproximadamente...” (fs. 311/312 de la causa penal).

Por su parte, el testigo Acensio afirmó que entró junto con su novia al estadio, y se ubicó en la tribuna baja del sector visitante, y que, minutos antes de comenzar el partido, un hincha tiró un petardo, lo que generó un tumulto con la policía que quería detener al sujeto. A continuación, dice que escuchó disparos efectuados por la policía, se asustó e intentó pasar por entre ellos para buscar a su novia. En esas circunstancias, expresa que sin razón alguna un agente le disparó con la escopeta a una distancia de un metro y le pegó en el antebrazo derecho y en el pecho por lo que quedó aturdido y con ardor, y que lo llevaron a los vestuarios en donde fue asistido y de allí, lo trasladaron en ambulancia al Hospital de Quilmes. A su criterio, dice, la policía reprimió desproporcionadamente (fs. 222/223 de la causa penal).

9º) Que igualmente significativas y coincidentes son otras declaraciones obrantes en la citada causa penal. El testigo Fracchia expuso que “...no sabe cuál fue el motivo del accionar de la policía, pero cree que fue por un petardo que habían tirado los hinchas de Nueva Chicago”, “...que uno de los hinchas de Nueva Chicago estaba oficiando de intermediario con la policía ya que dialogaba con la misma y en

un momento determinado esta persona se dio vuelta como llevándose al resto de la hinchada del lugar, y un policía por la espalda le pegó un bastonazo”. “Esta actitud [-dijo-] provocó la reacción del resto de la hinchada y entonces la policía comenzó a disparar, prácticamente cuerpo a cuerpo con las armas largas que portaba”, por lo que fue una “verdadera masacre”.

También el testigo Robledo reseñó que algunos hinchas de Chicago en la tribuna visitante “se ponían nerviosos al ser agredidos por la policía” y que, al intentar separarlos, “recibe un palazo en el hombro por parte de un policía, y cuando le dice que no le pegue que sólo estaba separando, recibe otro palazo cruzado en el pecho, cuando siente un empujón desde atrás y cae sobre el escudo de un policía, en ese instante siente un intenso dolor en la pierna”. Agrega que más tarde “pudo comprobar que había recibido como 20 perdigones en la pierna... el policía que disparó lo hizo desde abajo a menos de un metro de distancia... que en razón de las heridas producidas tuvo que ser intervenido quirúrgicamente” (fs. 214/215).

Por su parte, el testigo Torres da cuenta de que fue alcanzado por disparos de bala de goma en los dos brazos, en una pierna y en la espalda. Destaca que su fotografía apareció publicada en los diarios “El Sol”, “Clarín”, “Popular” y “Crónica” del 7 y 8 de noviembre de 1999 y que en este último periódico se puede ver cuando un policía le dispara; que los efectivos le tiraban a una distancia menor a un metro; que la represión fue “desmedida” y que fue atendido primero en los vestuarios del club y después en los hospitales “Santojanni” y “Fernández” (fs. 305/306 de la causa penal).

Asimismo, el testigo Degrossi, de profesión médico, declara que a los diez minutos de comenzado el partido, los directivos del Club lo convocaron para que ayude al médico de Nueva Chicago a asistir a los heridos con disparos de bala de goma que se encontraban en el vestuario visitante. Precisa que estos eran entre siete y diez, que presentaban heridas superficiales en distintas partes del cuerpo, redondas y sangrantes. Agrega que también asistió a las cinco personas que se encontraban lastimadas en los vestuarios del club local y que las lesiones eran de iguales características a las antes señaladas. Puntualiza que todos los pacientes que atendió fueron curados en el estadio y se retiraron por sus propios medios, y pone de resalto que en los doce años que ejerce como médico de fútbol “nunca antes había visto heridos con tantas lesiones de bala de goma” (fs. 151/152 de la causa penal).

10) Que particular relevancia adquieren las declaraciones de los testigos Furque, Cristián Ariel García y Alexis García, que acompañaban al actor al tiempo de ocurrir los hechos. El primero, expresó que había ingresado a la cancha con el demandante y los otros dos testigos; se quedaron primero en un playón y después se dirigieron a las tribunas de Chicago. Fue entonces que escuchó unos disparos, lo que produjo una avalancha de gente, y que los gases y tiros se tiraban “a mansalva”; allí perdió de vista al actor debido a que se pasó a las plateas del equipo contrario. Luego se dirigió al estacionamiento y se reencontró con sus otros compañeros, pero faltaba Migoya.

Añade que después recibieron la información de que los heridos habían sido derivados a los vestuarios de Quilmes, y que cuando el actor salió había recibido el impacto de dieciséis balazos de goma, y una lastimadura en la cabeza como consecuencia de la avalancha. Consideró que no había motivos para la represión policial, que la policía fue la que empezó y que cuando el actor apareció en el estacionamiento lo trasladaron al Hospital Santojanni porque estaba muy lastimado (fs. 302/304).

La misma secuencia de los hechos fue relatada por los testigos García. Refirieron que habían entrado al estadio junto al actor, que no los revisaron y que mientras estaban en el playón ingresó la hinchada de Nueva Chicago, empezó a desplegar las banderas y, repentinamente, la policía comenzó a reprimir. Aclararon que ellos estaban al lado de Migoya cuando le impactaron las balas de goma en su cuerpo, que se produjo una avalancha de gente que hizo que lo perdieran de vista, que en esas circunstancias se subieron a la segunda bandeja de la cancha, y que una vez que terminaron los disparos se fueron al estacionamiento. Esperaron aproximadamente una hora hasta que apareció el actor “lastimado en el pecho y en el costado con impacto de balas de goma”. Con posterioridad, declararon, lo llevaron al Hospital Santojanni para que fuese atendido (fs. 305/307).

11) Que por el lado de las autoridades policiales, resulta destacable el testimonio del comisario Lencina, del que se desprende que en la tribuna visitante “estaba el comando de Berazategui a cargo del comisario Colantoni y el de infantería de Quilmes a cargo del oficial Rigo”. Preguntado a continuación si el día del hecho dio orden expresa de reprimir con las armas que tenían, contestó “que no, que la orden fue siempre replegarse”, y que por lo que vio desde su posición “hubo una reacción espontánea del personal policial que se encontraba en el

lugar ante la agresión de la hinchada” (fs. 354/355 de la causa penal). En análogo sentido declaró Colantoni, al expresar “que en todo momento transmitió las órdenes recibidas de sus superiores” y que ésta fue la de replegarse (fs. 351/354 de la causa penal).

12) Que, a estas declaraciones, debe agregarse que el fiscal interviniente, al ordenar el comparendo de los agentes de seguridad, señaló que había motivos suficientes para tener por acreditado el hecho *prima facie* calificado como lesiones en riña (artículo 95 *in fine* del Código Penal), y para suponer que los policías allí mencionados (cincuenta y dos en total), fueran considerados “co-autores penalmente responsables del ilícito indicado” (cf. cuerpo II del expediente penal que en fotocopia corre por cuerda separada). Asimismo, este funcionario solicitó en su oportunidad la elevación a juicio y señaló “el hecho que se le atribuye al personal policial ...consistente en haber tomado parte de una riña que tuvo lugar en el sector de la tribuna visitante del estadio de fútbol del Club Quilmes Atlético, en oportunidad de disputarse el encuentro futbolístico entre los equipos de Quilmes y Nueva Chicago, producto del cual varios hinchas del club visitante resultaron lesionados levemente y otros en forma grave” (cf. IV cuerpo de la causa penal ya citada).

13) Que, como se adelantó, los elementos de juicio hasta aquí reseñados permiten tener por configurada la irregularidad en la prestación del servicio por parte de las fuerzas policiales. Expresando conceptos análogos a los que esta Corte empleó en “Toscano, Gustavo Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de” (Fallos: 318:38), puede concluirse que la lesión sufrida por Migoya “se debió a la actividad policial que no pareció –ni aun ante una situación de descontrol como la creada– ajustada a las circunstancias y ejercida con el aplomo que exige la necesaria preparación técnica y psíquica que deben ostentar sus integrantes”, máxime cuando no existe ningún indicio de que el actor hubiese tenido participación activa en la generación del tumulto. Ello es así pues, se ha demostrado que –lejos de prevenir desmanes y garantizar la seguridad del público asistente– la conducta del personal policial no evidenció una adecuada capacitación para la emergencia, en tanto no se ajustó a las directivas impartidas por sus superiores –que ordenaban su repliegue– y se involucró finalmente en una suerte de riña descontrolada con la concurrencia, que se tradujo en la lesión de numerosos espectadores ajenos a cualquier actitud provocadora o violenta. En este sentido, cabe recordar –según ha expresado reiteradamente este Tribunal– que el ejercicio del poder de policía exige a los agentes que intervienen la preparación adecuada para preservar racionalmente la

integridad física de los miembros de la sociedad y sus bienes (Fallos: 315:2330; 318:1715 y 322:2002, entre otros), en beneficio de la cual deben actuar.

En tales condiciones, al haberse extralimitado en el uso de los medios coercitivos lícitos, corresponde admitir la responsabilidad del Estado provincial por su falta en la prestación del servicio de seguridad.

14) Que también se atribuye responsabilidad al Quilmes Atlético Club. Esta entidad —en su calidad de organizadora del espectáculo deportivo— tiene una obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento general en el artículo 1198 del Código Civil y en especial en las leyes 23.184 y 24.192. Este deber es expresivo de la idea de que quienes asisten a un espectáculo lo hacen en la confianza de que el organizador ha dispuesto las medidas necesarias para que el evento se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes, extremando los recaudos de seguridad pertinentes (impidiendo el ingreso de inadaptados, la portación de armas, pirotecnia, etc.). En lo atinente a tales deberes a cargo de club, cabe dar por reproducidos en razón de brevedad los restantes desarrollos argumentales expuestos en “Mosca” (Fallos: 330:563, considerando 7º). En el marco de este régimen especial de responsabilidad, no cabe admitir como eximente —del modo que pretende la codemandada— al accionar de los simpatizantes del club visitante o bien a la conducta de los efectivos policiales desplegados en el estadio (en buena medida contratados por la entidad), ya que no se trataría de terceros por los que el organizador no deba responder.

A mayor abundamiento, cabría añadir que en el *sub examine* aparece configurada, por parte de la entidad demandada, una manifiesta negligencia en el cumplimiento de los controles de seguridad a su cargo (cf. Fallos: 321:1124, considerando 14). Ello es así, pues la conducta del personal destacado en las puertas de acceso al estadio, con el auxilio del personal policial, se reveló claramente como insuficiente, en tanto no se logró asegurar —mediante los cacheos correspondientes— que los asistentes no ingresasen con objetos peligrosos, tales como los petardos o las bombas de estruendo cuya detonación apareció como generadora de los desmanes.

Por tales motivos, cabe admitir la responsabilidad del club demandado.

15) Que la Asociación del Fútbol Argentino (A.F.A.) planteó la inconstitucionalidad del artículo 33 de la ley 23.184 y del artículo 51 de la ley 24.192, en cuanto disponen que las asociaciones que participan en un espectáculo deportivo son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se generen en los estadios. Tal pretensión debe ser desestimada de conformidad con lo resuelto en Fallos: 317:226 y 330:563, cuyos fundamentos y conclusiones se dan por reproducidos.

En consecuencia, se impone extender a la A.F.A. la responsabilidad por el hecho *sub examen*, toda vez que la entidad rectora del fútbol argentino fue organizadora (participante) y beneficiaria del espectáculo deportivo que originó la lesión del actor. Ello en función de los argumentos desarrollados in extenso en “Mosca” (Fallos: 330:563, considerandos 9º y 10), que aquí se dan por reproducidos para evitar reiteraciones innecesarias.

16) Que la condena se hace extensiva respecto de la citada en garantía en los términos del contrato de seguro (cf. artículo 118 de la ley 17.418).

17) Que, con relación al resarcimiento reclamado, esta Corte ha señalado que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, atendiendo a su incidencia en el campo laboral y sus proyecciones en el ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (cf. Fallos: 322:2658 y 2002; 329:2688, entre otros).

También se ha sostenido, en este orden de ideas, que para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas no es necesario ajustarse a criterios matemáticos ni tampoco a los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta de referencia. Debe tenerse en cuenta, además, las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación (Fallos: 320:1361; 325:1156 y 330:563, entre otros).

18) Que en las presentes actuaciones se acreditó que el actor sufrió lesiones por impacto de balas de goma, con motivo de los acontecimientos examinados *ut supra* (cf. declaraciones testimoniales ya citadas y fotografías obrantes a fs. 5/6). Ahora bien, el demandante no

acompañó la historia clínica, ni los estudios médicos y los certificados de los profesionales que lo habrían asistido a la fecha en que ocurrió el hecho, ni constancias de las consultas realizadas inmediatamente después de su acaecimiento. Si bien a fs. 369, 669 y 674 vta./675 alega haber acompañado la historia clínica del Hospital Santojanni –de la que surgirían las lesiones y los tratamientos efectuados–, lo único que adjuntó es un bono contribución (fs. 297) que, si bien es auténtico, no acredita por sí solo los extremos que pretende (fs. 316). Por el contrario, el citado nosocomio informó que “habiéndose realizado intensa búsqueda en el fichero electromecánico de la sección Admisión y Egresos y en los libros del Departamento de Urgencias, no se hallaron constancias de atención ni de internación del señor Carlos Alberto Migoya (fs. 294/296 y 315/319).

De igual modo, la perito médica designada en este proceso refiere que “el actor se presenta a la consulta sin ningún análisis o certificado de las consultas que realizó”, por lo que le solicitó análisis de oído y pruebas laberínticas, estudio de rodilla y cintura pelviana (fs. 341, 354 bis y 371). Por estas razones, el peritaje se basó en los antecedentes de autos, el examen físico del actor y los estudios complementarios acompañados que datan del año 2001 y 2002, es decir, muy posteriores a los hechos aquí examinados.

19) Que, en estas condiciones, la experta informa (con fecha 2/5/03) que en el tórax del actor se observan “pequeñas lesiones”; que en el pie se advierten también “esas pequeñas cicatrices”; que refiere dolor a la flexión de su pierna izquierda aunque no se constatan clínicamente alteraciones en la movilidad de la rodilla; que al ponerse de cuclillas tiene dificultad para incorporarse; que los acúfenos (zumbidos en los oídos) que dice padecer “son sensaciones subjetivas que no se pueden demostrar objetivamente” y esta patología puede ser una consecuencia del traumatismo sufrido, al igual que la pérdida de audición; que “presenta mareos cuando se incorpora y dolor de cintura cuando está sentado” y que la imagen que resulta de la radiografía de rodilla es “compatible con lesión en partes blandas” (cf. informe del Instituto Diagnóstico Médico, fs. 354 bis. vta.).

Asimismo, indica que el encefalograma practicado ha demostrado que Migoya presenta “ondas lentas frontal bilateral compatible con antecedente de traumatismo de cráneo”. Explica que “las ondas lentas, considerando el tiempo transcurrido no puede deberse a un edema

agudo postraumático”, sino que se debe considerar que “el traumatismo fue tan importante que dejó una secuela crónica” (cf. informe de fs. 354 bis vta.).

Agrega que de la audiometría practicada surge que el actor presenta una “pérdida de audición bilateral, perceptiva, ósea y aérea, con predominio del oído izquierdo” y afirma que el examen fonoaudiológico practicado revela “una hipoacusia bilateral perceptiva-conductiva que puede compadecerse con una secuela de un síndrome traumático post-conmocional que puede formar parte del desorden mental orgánico post-traumático de grado” (cf. constancias de fs. 354 bis vta.).

La perito médica opina que el actor “padeció un politraumatismo con compromiso cráneo-cervical, lumbar y de rodilla izquierda y recibió el impacto de balas de goma en el tórax y sobre el brazo derecho”; y llega a inferir como cierto que el actor portó un cuello Philadelphia por dos meses; que no pudo trabajar durante ese lapso y que —una vez reintegrado a sus tareas de remisero— debió reducir su horario por el dolor que padecía en la cintura y la rodilla.

Como conclusión de su tarea, la perito médica indica que el actor presenta “secuelas encuadradas en el desorden mental orgánico post-traumático que le produjeron una incapacidad parcial y permanente equivalente a la pérdida del 20% de la total laborativa”, y que “esta incapacidad evalúa aquellas secuelas que guardan relación de causalidad con los eventos que motivaron estos actuados” (fs. 377, punto 5, ap. 1 y 2). Este dictamen fue impugnado oportunamente por la Provincia de Buenos Aires (fs. 396).

20) Que los dictámenes periciales en nuestro sistema no revisten el carácter de prueba legal y están sujetos a la valoración de los jueces con arreglo a las pautas del artículo 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, esto es, teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.

De ahí que los dictámenes periciales no sean obligatorios para los jueces cuando las circunstancias objetivas de la causa aconsejan no aceptar plenamente sus conclusiones (conf. “Klia S.A. c/ Administración

Nacional de Aduanas”, Fallos: 317:1716) o bien cuando el dictamen carece de una explicación fundada que las justifique (causa “Diprom S.A.C.I.F.I. c/ Santa Cruz, Provincia de”, Fallos: 318:1632), situaciones que se configuran en el presente caso. En efecto, ante la ausencia absoluta de una historia clínica, o de estudios o certificados médicos contemporáneos a las lesiones sufridas, las conclusiones del peritaje aparecen como carentes de todo fundamento objetivo y traducen sólo una conjetura de la experta que descansa en la certeza de la versión de los hechos aportada por el actor. Por este motivo, el conjunto de signos y síntomas que resultarían del reconocimiento médico y de que dan cuenta los distintos estudios complementarios realizados a la fecha del dictamen –a más de tres años del hecho dañoso– no puedan ser interpretados sin más como secuelas de la lesiones sufridas por el actor, ya que la relación de causalidad exige un sustento científico del que carece el informe de autos. Corresponde, por ende, desestimar el rubro *sub examen*.

21) Que como corolario de esta conclusión se desestima el reclamo de supuestos gastos por elementos ortopédicos (cuello Philadelphia). Tampoco cabe reconocer el reembolso por erogaciones en concepto de atención médica y placas radiográficas, toda vez que sólo mediarían indicios de que el actor habría recibido alguna asistencia en el Hospital Santojanni.

Ahora bien, en razón de la índole de las lesiones sufridas –impactos de bala de goma– corresponde reconocer el rubro gastos de farmacia, ya que cabe presumir su existencia como derivación necesaria de tales daños corporales. Igual consideración merecen los gastos atinentes a traslados, derivados de la necesidad de curaciones sobre dichas heridas. De acuerdo con las facultades conferidas por el artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se fija por estos ítems la suma de \$ 200.

También debe ser reconocido el pedido de indemnización por el deterioro de su indumentaria, pues si bien no se acompañó prueba al respecto, constituye un daño que razonablemente pudo tener lugar en atención a las lesiones padecidas. Su monto se fija en la suma de \$ 400 (cf. artículo 165 ya citado y “Stechina, María Cristina c/ Buenos Aires, Provincia de”, Fallos: 321:3519, considerando 16).

22) Que se reclaman gastos futuros en concepto de tratamientos médicos y psicológicos (fs. 28 vta., punto E, 1 y 2). Ambos rubros deben

ser desestimados al resultar improcedentes en virtud de lo concluido en el considerando 19).

En cuanto a la necesidad de psicoterapia, según el dictamen pericial el señor Migoya presentaría un trastorno por stress postraumático con síntomas depresivos (fs. 382), con merma de la capacidad de atención y cambios bruscos de humor. Da cuenta, asimismo, de cierta actitud fóbica por cuanto el actor intenta evitar el contacto con situaciones que le recuerdan el suceso traumático sufrido (fs. 383). Para restablecer su equilibrio y mejorar su estado, la experta sostiene que el actor podría realizar un tratamiento psicológico de un año, con dos consultas por semana.

Las conclusiones de la perito en este punto adolecen de deficiencias semejantes a las descriptas con respecto al rubro incapacidad sobreviniente. Por lo demás, la vivencia traumática experimentada en el estadio de fútbol –sin perjuicio de la valoración que merecerá al tratar el daño moral– no parece guardar relación causal adecuada con el cuadro diagnóstico y consiguiente tratamiento a que hace alusión la perito médica.

23) Que, por último, resulta procedente el reclamo de daño moral, detrimento de índole espiritual que debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume –por la índole de la agresión padecida– la inevitable lesión de los sentimientos del demandante. Aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir –dentro de lo humanamente posible– las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el actor.

A los fines de la fijación del quantum, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 316:2894; 321:1117; 325:1156; 326:820 y 847; 330:563 y 332:2159).

Atendiendo a las lesiones comprobadas y las demás vivencias dolorosas experimentadas por el actor a raíz del episodio dañoso, se establece este rubro en la suma de \$ 50.000.

24) Que los intereses se devengarán desde el 6 de noviembre de 1999 hasta el efectivo pago. Para el caso de que el actor persiga la ejecución contra la Provincia de Buenos Aires, los intereses se calcularán —desde la fecha indicada— con arreglo a la legislación que resulte aplicable al caso (Fallos: 316:165).

Por ello, se resuelve: Hacer lugar a la demanda seguida por Carlos Alberto Migoya contra la Provincia de Buenos Aires, el Quilmes Atlético Club y la Asociación del Fútbol Argentino, condenándolos a pagar, dentro del plazo de treinta días, la suma de \$ 50.600, con más los intereses que se liquidarán de acuerdo con las pautas expuestas en el considerando 24. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). La condena se hace extensiva a la citada en garantía en los términos del considerando 16. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

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

Nombre del actor: **Migoya, Carlos Alberto.**

Nombre de los demandados: **Provincia de Buenos Aires; Quilmes Atlético Club y Asociación del Fútbol Argentino.**

Profesionales intervinientes: **Doctores Omar Sergio Domínguez; Marco Gabriel Santangelo; Hugo Mario Pasos; Alejandro Fernández Llanos; Mario Daniel Baudrix; Alejandro J. Fernández Llanos y Hugo Alberto Murganti.**

MUNICIPALIDAD DE ROSARIO
c/ CENTRAL TERMICA SORRENTO S.A. s/ COBRO DE PESOS

COMPETENCIA FEDERAL.

Corresponde revocar la sentencia que desestimó el planteo de incompetencia y declarar la competencia de la justicia federal si la cuestión de fondo comprende las deudas invocadas con origen en las ordenanzas municipales cuya validez fue puesta en tela de juicio por la demandada y la pretensión exige ineludiblemente determinar si el ejercicio de la facultad tributaria cuestionada invade un ámbito de competencia que es propio de la Nación ya que está comprometida la interpretación y aplicación de la exención impositiva dispuesta en el art. 12 de la

ley 15.336 y si la solución de la causa depende de la aplicación e interpretación de normas de derecho federal debe tramitar en la justicia federal, siendo la competencia *ratione materiae* improrrogable por su propia naturaleza, privativa y excluyente de los tribunales provinciales, sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar esos principios.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe, que desestimó el planteo de incompetencia efectuado por la demandada Central Térmica Sorrentos S.A., con fundamento en el principio de pérdida de jurisdicción con posterioridad al dictado de la sentencia, ésta dedujo la apelación prevista en el art. 14 de la ley 48 que, al ser rechazada, motiva esta presentación directa.

– II –

A mi modo de ver, el recurso deducido es inadmisibile, pues no se encuentra cumplido el requisito de sentencia definitiva o equiparable a tal, pues se trata, de una cuestión de competencia planteada después de dictada sentencia en la causa.

En efecto, V.E. ha sostenido que las cuestiones de competencia no pueden prosperar después de dictada sentencia en la causa principal, pues lo contrario importaría afectar la cosa juzgada y agraviaría los derechos de defensa y de propiedad (Fallos: 329:5607).

Por otra parte, la decisión apelada tampoco coloca al recurrente en una situación de privación de justicia que afecte –en forma directa e inmediata– la defensa en juicio, ya que, aquél recurrió la sentencia del *a quo* sobre la cuestión de fondo, según surge del relato que efectúa en el escrito de queja.

Por ello, opino que, corresponde desestimar la queja interpuesta.
Buenos Aires, 12 de marzo de 2009. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa *Municipalidad de Rosario c/ Central Térmica Sorrento S.A. s/ cobro de pesos*”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, que –con fundamento en el principio de pérdida de jurisdicción con posterioridad al dictado de la sentencia– desestimó el planteo de incompetencia efectuado por la demandada, Central Térmica Sorrento S.A. interpuso el recurso extraordinario, cuya denegatoria dio origen a la presente queja.

2º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues, si bien es doctrina reiterada de este Tribunal que las resoluciones en materia de competencia no constituyen sentencias recurribles por la vía del art. 14 de la ley 48, por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, tal regla admite excepción en los asuntos en que media denegación del fuero federal (Fallos: 311:430; 314:848; 316:3093; 323:2322; 324:533; 326:4352; 327:4650; 328:3340; 329:3459) o en otras hipótesis excepcionales que permitan equiparar esas decisiones a pronunciamientos definitivos (Fallos: 302:1626; 315:66; 320:2193; 330:4094, entre muchos otros), tal como ocurre en el *sub lite*.

3º) Que, en las presentes actuaciones, la demandada solicitó la declaración de incompetencia de la justicia provincial, alegando que en el caso se debaten cuestiones relacionadas con la interpretación e inteligencia de normas federales –leyes 15.336 y 24.065, que establecen el régimen federal de la energía eléctrica–, de modo que, a su entender, la causa corresponde a la competencia federal en razón de la materia. A tales efectos, invocó el pronunciamiento de esta Corte Suprema recaído en la causa C.1611.XLIII “Central Térmica Sorrento S.A. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ acción meramente declarativa de certeza”, sentencia del 24 de junio de 2008, en el que se descartó la competencia originaria de este Tribunal y se declaró la competencia de la justicia federal.

En esa acción declarativa de certeza, Central Térmica Sorrento S.A. puso en tela de juicio la validez de los tributos municipales establecidos en distintas ordenanzas que se le intenta aplicar, por considerarlos impuestos encubiertos que condicionan la prestación del servicio eléctrico y que, de acuerdo con su interpretación, contrarían la exención contenida en el Marco Regulatorio Eléctrico Nacional integrado por las leyes 15.336 y 24.065. Además, solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar para que se ordene a la Municipalidad de Rosario que se abstenga de realizar actos que impliquen el desapoderamiento o la indisponibilidad de sus bienes e iniciar nuevos juicios que tengan por objeto el pago de los tributos allí cuestionados.

4º) Que, más allá de las especiales particularidades que exhibe la causa, no se puede soslayar el hecho de que en la mencionada acción declarativa de certeza esta Corte sostuvo que el pleito revestía naturaleza federal, en tanto se encontraba en juego la interpretación y aplicación de la exención impositiva del art. 12 de la ley 15.336 y su posible colisión con normas tributarias locales.

En dicha oportunidad, se decidió que la causa debía quedar radicada ante la justicia federal, pues la pretensión exigía ineludiblemente determinar si el ejercicio de la facultad tributaria cuestionada invadía un ámbito de competencia que es propio de la Nación, circunstancia que implicaba que la causa se encontrara entre las especialmente regidas por la Constitución Nacional, a las que alude el art. 2, inc. 1º, de la ley 48, dado que versaba sobre la preservación de las órbitas de competencia entre las jurisdicciones locales y el gobierno federal (considerando 10).

5º) Que es un principio inveterado en la jurisprudencia de esta Corte que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865; 330:642 entre muchos otros).

6º) Que, en ese contexto, la doctrina expuesta en el citado precedente se proyecta ineludiblemente sobre las presentes actuaciones, pues dicho proceso de conocimiento –que, como se expuso, fue asignado por esta Corte a la justicia federal– tiene entidad suficiente como para dirimir la controversia que aquí se plantea entre las mismas partes, ya que la cuestión de fondo en ambos procesos involucra un idéntico

conflicto normativo e, incluso, comprende las mismas deudas invocadas con origen en las ordenanzas municipales cuya validez fue puesta en tela de juicio por la demandada.

Al igual que en la acción declarativa de certeza ya referida, la pretensión de autos también exige ineludiblemente determinar si el ejercicio de la facultad tributaria cuestionada invade un ámbito de competencia que es propio de la Nación.

En efecto, en ambos casos está comprometida –esencialmente– la interpretación y aplicación de la exención impositiva dispuesta en el art. 12 de la ley 15.336, que constituye el motivo de la indudable competencia federal que cabe asignar al pleito. Por otra parte, no pasa desapercibido que al promover esta demanda la actora requirió y fundó la competencia de la justicia federal de Rosario para entender en autos, sobre la base de que “...*la actividad de la demandada, continuadora del servicio público prestado por la empresa estatal Agua y Energía (hoy liquidada), fue declarada de jurisdicción nacional por ley 15.336, art. 6º, desde que la energía producida se vuelca al sistema interconectado nacional de distribución de energía eléctrica*” (v. fs. 37, punto 9º, primer párrafo; y fs. 38, punto 12, apartado III).

7º) Que, desde antiguo, esta Corte ha sostenido que si la solución de la causa depende –como en este caso– de la aplicación e interpretación de normas de derecho federal debe tramitar en la justicia federal (Fallos: 313:98; 318:992; 324:2078) y que la competencia de ésta *ratione materiae* es improrrogable por su propia naturaleza, privativa y excluyente de los tribunales provinciales, sin que el consentimiento, ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar esos principios (Fallos: 311:1812; 324:3686; 328:4037). Asimismo, ha señalado que la incompetencia de la justicia ordinaria puede promoverse y debe declararse en cualquier estado del proceso y su aplicación debe ser sostenida aun de oficio cuando se altere voluntaria o inconscientemente (Fallos: 31:374; 122:408; 132:230; 314:1076; 329:3459).

8º) Que, en tales condiciones y teniendo especialmente en cuenta las razones que justificaron la necesidad de determinar qué juez debía intervenir en la acción declarativa de certeza (considerando 8º), resulta adecuado, a efectos de evitar un dispendio jurisdiccional y el dictado de decisiones contrapuestas, que el trámite de esta causa continúe ante

los estrados del Juzgado Federal de Rosario que entienda en el referido proceso de conocimiento a fin de permitir un análisis conjunto.

9º) Que no obsta a lo expuesto el hecho de que en autos se haya dictado sentencia. Ello así pues, si bien en reiterados precedentes esta Corte señaló que las contiendas de competencia no pueden prosperar después del dictado de la sentencia, en el caso concurren las circunstancias particulares y sobrevinientes ya apuntadas que ameritan, por razones de seguridad jurídica, hacer excepción a tal regla.

En este sentido, es necesario recordar, que frente a manifestaciones litigiosas deformadas, el Tribunal está autorizado –y del modo que lo estime conducente a esos fines– para tomar conocimiento del asunto y arbitrar lo que razonablemente corresponda para superar los escollos, y corregir y encauzar los excesos deformantes del trámite (doctrina de Fallos: 327:3515; 330:2767).

10) Que las razones expuestas tornan procedente el remedio federal y justifican la revocación de la sentencia apelada. Cabe destacar que la singularidad del conflicto que se está considerando descarta la analogía de antecedentes que, eventualmente, hubiesen permitido solucionarlo con una mera remisión a un pronunciamiento anterior de esta Corte.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se admite la queja, se hace lugar al recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, y se declara que resulta competente para conocer en autos la justicia federal de Rosario. A sus efectos, remítanse la presentación directa y los autos principales a la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, a fin de que decida lo concerniente al juzgado que conocerá en el proceso de acuerdo a lo dispuesto en el considerando 8º. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y cúmplase.

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

Recurso de hecho interpuesto por **Central Térmica Sorrento S.A.**, representada por el Dr. **Wilfredo Germán Scarpello**.

Tribunal de origen: **Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala III**.

N.R.I. Y OTRO c/ ESTADO NACIONAL – MINISTERIO DE DEFENSA
s/ DAÑOS Y PERJUICIOS*RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.*

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda que tenía como objeto obtener una indemnización por los daños derivados del fallecimiento de un menor ocurrido en un liceo militar donde cursaba sus estudios ya que hizo referencia exclusivamente al obrar de la víctima, sin examinar a la luz de las circunstancias probadas de la causa si la institución educativa había cumplido con las obligaciones de custodia y cuidado que le competen respecto a sus alumnos, y no ponderó que las autoridades tenían conocimiento de los conflictos que afectaban al menor en su vínculo con otros cadetes pero no fueron diligentes en tomar las medidas adecuadas para garantizar su seguridad y bienestar físico y emocional.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 233/245 de los autos principales (foliatura a la que me referiré en adelante), la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, por mayoría, revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la demanda interpuesta por los actores contra el Estado Nacional (Ministerio de Defensa), a fin de obtener una indemnización por el fallecimiento de su hijo, quien se suicidó mientras se encontraba cursando sus estudios en el Liceo Militar “General Manuel Belgrano” de la localidad de Recreo, Provincia de Santa Fe.

Para así decidir, el tribunal consideró que, en atención a la obligación contractual del establecimiento con el educando y sus progenitores, es necesaria probar que el hecho se produjo no obstante las diligencias de control y cuidado. Al respecto, señaló que de la causa surge que el suicidio del causante fue premeditado, quien actuó de manera tal que logró eludir el control del instituto y que las autoridades educativas no tuvieron antes del deceso conocimiento alguno que les permitiera prevenir el hecho. Por otra parte, sostuvo que no hay relación de cau-

salidad entre la decisión de poner fin a su vida y la enemistad con algunos de sus compañeros, pues no hay evidencias de que los conflictos entre alumnos tengan por efecto el suicidio.

– II –

Disconformes con este pronunciamiento, los actores interpusieron el recurso extraordinario de fs. 249/259 que, denegado, dio origen a la presente queja.

En lo sustancial, aducen que la sentencia es arbitraria porque se apoya en afirmaciones dogmáticas y se aparta del texto legal aplicable. Señalan que la decisión se basa en dos premisas que constituyen un contrasentido y son inconciliables con nociones jurídicas básicas: por un lado, que el niño tiene derecho a quitarse la vida y, por el otro, que el Estado no debe responder a pesar del deber de seguridad que pesa sobre él como propietario del liceo y guardador del niño en razón de que fue un hecho inesperado y sorpresivo. En este orden de ideas, destacan que, según las normas del Código Civil, el Estado tiene una “obligación de garantía”, que lo responsabiliza ante la no devolución del niño indemne al seno de su hogar.

Asimismo, expresan que la decisión carece de lógica, puesto que emplaza en forma errónea al niño en la posición de garante de su propia guarda cuando era el Estado el que se encontraba a su cuidado. Tampoco exime de responsabilidad al colegio, a su entender, la ausencia de avisos por parte del menor respecto de su voluntad suicida, máxime cuando ciertas circunstancias acreditadas en la causa demostraron que el instituto no supo protegerlo como era debido.

– III –

Ante todo, cabe señalar que el examen de las normas de derecho común y la apreciación de la prueba constituyen, como principio, facultad de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 327:5356 y 5857). Sin embargo, ha entendido la Corte que tal circunstancia no es óbice para abrir el recurso cuando el tribunal superior de la causa no examina adecuadamente los diversos aspectos que el caso suscita, efectúa afirmaciones dogmáticas que sólo otorgan al fallo fundamento aparente o el pronunciamiento no

constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a los extremos probados en el proceso, todo lo cual reduce en menoscabo del derecho de defensa en juicio amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 317:832 y sus citas y 330:5158).

En este orden de ideas, estimo que –tal como expresan los apelantes– la solución brindada por el *a quo* prescinde de considerar, a la luz de las circunstancias acreditadas en la causa, si hubo una falta de servicio que comprometiera la responsabilidad del Estado. Al respecto, creo oportuno recordar que la Corte, en reiteradas oportunidades, ha dicho que quien contrae la obligación de prestar un servicio –en el caso, la educación y guarda de menores– lo debe hacer en condiciones adecuada para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular (conf. Fallos: 315:1892; 320:1999; 329:3065; 330:2748, entre otros).

Asimismo, el Tribunal ha señalado que la idea objetiva de la falta de servicio –por acción o por omisión– encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil –por no tratarse la comprometida de una responsabilidad indirecta– toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas (Fallos: 306:2030; 331:1690, entre otros).

A la luz de tales principios, entiendo que los reparos de los recurrentes tienen entidad bastante, en tanto sostienen que la sentencia apelada omitió examinar, en el marco normativo que regula la materia, argumentos conducentes como es el relativo al deber de seguridad y custodia del menor que pesaba sobre la demandada.

En efecto, el tribunal sustentó la responsabilidad exclusiva por el daño en el actuar de la víctima, quien habría vencido la vigilancia y el cuidado del instituto aprovechando que estaba de guardia la noche del suceso, siendo éste imprevisible para las autoridades del liceo militar. Sin embargo, una conclusión en este sentido demuestra que se ha efectuado un examen parcial de las circunstancias acreditadas en la causa limitándose al momento en que se produjo sigilosamente la

muerte y, de este modo, se omitió ponderar si la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar que el menor se suicidara y si adoptó las diligencias apropiadas dentro de su ámbito para resguardarlo, máxime cuando quedó en evidencia que los conflictos que mantenía con otros alumnos lo afectaban seriamente.

En tal inteligencia, estimo que debe descalificarse la sentencia, apoyada sólo en presunciones del tribunal sobre la conducta del menor y de sus padres, sin valorar adecuadamente la que correspondía adoptar por la demandada. Ello es así, en particular si se tiene en cuenta que el Estado es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños, en atención a la función rectora que le atribuye el ordenamiento jurídico vigente en ese campo (v. sentencia del 21 de diciembre de 2010, *in re* P. 918, L. XLIII, “P, de P., E. P. y otro c/ Gobierno de la Provincia de Córdoba”). Al respecto, no es ocioso recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño –aprobada por la ley 23.849– impone a los Estados partes asegurar que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (art. 3.3) y garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6.2).

En tales condiciones, la decisión del tribunal apelado no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso y tiene defectos en la consideración de extremos conducentes para la correcta solución del litigio, por lo que, al guardar los planteos de los actores relación directa e inmediata con las garantías constitucionales invocadas, corresponde descalificar el fallo sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad.

– IV –

Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta, dejar sin efecto la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario y devolver las actuaciones al tribunal de procedencia, a fin de que dicte una nueva conforme a lo expuesto. Buenos Aires, 10 de marzo de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa N.R.I. y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Defensa”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al revocar por mayoría la decisión del juez de primera instancia, rechazó la demanda interpuesta por R. I. N. y H. M. R., con el objeto de obtener una indemnización por los daños derivados del fallecimiento de su hijo de quince años, ocurrido en el “Liceo Militar Manuel Belgrano” de la Provincia de Santa Fe, donde el menor cursaba sus estudios.

2º) Que, para así decidir, puntualizó que el vínculo contractual existente entre el establecimiento, el educando y sus progenitores, comprendía la obligación, por parte de la institución, de resguardar la seguridad de los alumnos. En este sentido, tras realizar diversas consideraciones acerca de la naturaleza del suicidio, consideró que la demandada había cumplido con su deber de cuidado respecto del menor fallecido, toda vez que la decisión de éste de quitarse la vida, había sido premeditada e imprevisible, por lo que no había resultado posible que las autoridades del Liceo hubiesen podido evitarlo. Asimismo, el tribunal expresó que tampoco se advertía relación de causalidad entre el infortunio ocurrido y los conflictos que el alumno mantenía con otros cadetes, ante la falta de evidencia de que las dificultades de esa índole puedan tener por efecto el suicidio.

3º) Que contra esta decisión los actores interpusieron recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja. Si bien los agravios expuestos –adecuadamente reseñados en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal–, remiten al examen de cuestiones de derecho común y a la apreciación de la prueba, ajenas a la instancia extraordinaria, tal circunstancia no constituye óbice para abrir el recurso cuando la alzada no ha examinado adecuadamente los diversos aspectos que el caso suscita y ha efectuado afirmaciones dogmáticas que sólo otorgan al fallo fundamentación aparente, lo que redundará en

menoscabo del derecho de defensa en juicio amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 317:832 y sus citas).

4°) Que, en este sentido, cabe señalar que para fundar su decisión de rechazar la demanda, el tribunal hizo referencia exclusivamente al obrar de la víctima, sin examinar a la luz de las circunstancias probadas de la causa, si la institución educativa había cumplido con las obligaciones de custodia y cuidado que le competen respecto a sus alumnos. En este orden de ideas, no ponderó que las autoridades del establecimiento tenían conocimiento de los conflictos que afectaban al menor en su vínculo con otros cadetes, pues la cuestión había sido tratada en una reunión con los padres de la víctima unos días antes del infortunado hecho. Esta circunstancia cobra trascendencia a los efectos de examinar el cumplimiento de la responsabilidad a cargo de la demandada, toda vez que la situación en que se encontraba el menor era conocida por sus compañeros y, como se dijo, por las autoridades de la institución militar, quienes no fueron diligentes en tomar las medidas adecuadas para garantizar su seguridad y bienestar físico y emocional.

5°) Que esta Corte ha indicado que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, debe hacerlo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 315:1892; 320:1999; 329:3065; 330:2748, entre otros). Esta idea objetiva de falta de servicio –por acción o por omisión– encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil, y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil –por no tratarse la comprometida de una responsabilidad indirecta– toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas (Fallos: 306:2030; 331:1690, entre otros).

6°) Que, asimismo, cabe recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño, enunciada con jerarquía constitucional, en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional prevé, entre otras disposiciones de relevancia para este caso, que “Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas estableci-

das por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada” (art. 3.3) (Fallos: 333:2426).

7º) Que, en función de lo expresado, la sentencia apelada contiene defectos de fundamentación que justifican su descalificación como acto jurisdiccional, al haber sido sustentada sólo en presunciones sobre la conducta del menor y haber omitido ponderar la conducta que correspondía adoptar a la demandada como encargada de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños.

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 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. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho deducido por **R.I.N. y H.M.R., actores en autos, representados por el Dr. Horacio Darío Carrazza.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala II.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 6**

BILDOWN S.A. c/ FISCO NACIONAL (AFIP-DGI) s/ ORDINARIO

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.

Si la actora ha abonado el gravamen correspondiente a sus adquisiciones, pagándolo junto con el precio, en la forma en que la propia ley del impuesto al valor agregado lo ha dispuesto –vale decir al proveedor–, ello le genera el derecho a tomar tal suma de dinero como “crédito fiscal”, atado a las vicisitudes de la ope-

ratoria comercial que le sea propia pero en la mayoría de los casos le permitirá sustraer esa suma ya pagada de su correspondiente “débito fiscal”, originado éste con la venta de sus productos o la prestación de sus servicios a terceros, lo que no quita que pueda surgir el derecho al reintegro de ese “crédito fiscal” abonado con el precio de sus insumos, al haber exportado las mercaderías con ellos fabricadas.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda y ordenó el reintegro del IVA correspondiente, pues el Fisco, al haber constatado tanto la falta de presentación de las declaraciones juradas como el pago del tributo por parte de alguno de los proveedores de la actora –con independencia de debatido con respecto al derecho al reintegro de la accionante– debió haber puesto en ejercicio las potestades y facultades conferidas por el ordenamiento –en particular, las de los arts. 33, 35 y cc. de la ley de rito fiscal–, para lograr dilucidar la auténtica situación tributaria de aquéllos, y perseguir el cobro de la acreencia que le correspondiera, tal como lo obliga la Constitución Nacional en cuanto recaudador de las rentas públicas (arts. 99, inc. 10, y 100, inc. 7°) sin que pueda admitirse, como indebidamente lo pretende, involucrar a un tercero en violación al principio de reserva de ley en materia tributaria.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Bildown S.A. inició esta causa contra la Administración Federal de Ingresos Públicos, a fin de que se declarase la nulidad de las resoluciones (DIR RPAR) 4/03, 5/03, 6/03, 7/03, 9/03 y 10/03, dictadas por el jefe a cargo de la Dirección Regional Paraná de la DGI-AFIP, todas del 28 de febrero de 2003, en cuanto habían rechazado sendos pedidos de reintegro del IVA correspondientes a adquisiciones cuyas vinculadas con productos que finalmente exportó, por los períodos fiscales 7 a 10/99, 12/99 y 1/00, de acuerdo con lo prescrito por el art. 43 de la ley 23.349.

La jueza federal de Concepción del Uruguay, a fs. 204/210, rechazó íntegramente la demanda.

Tras desestimar un planteamiento de nulidad fundado en el vencimiento del plazo del art. 28 de la RG 616/99 (AFIP), puntualizó que las impugnaciones del ente fiscal se sustentaron en el cuestionamiento de las operaciones realizadas con seis proveedores, bien porque las facturas emitidas por éstos carecían de ciertos requisitos reglamentarios, o bien porque de ellas no surgía que se hubiese perfeccionado el hecho imponible del gravamen pues ellos no habían presentado sus declaraciones juradas o no habían contestado los requerimientos del Fisco tendientes a dilucidar aspectos de la operatoria bajo estudio.

Indicó que la normativa fiscal condiciona el cómputo de deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios de interés para el comprador, locatario o prestatario a la validez de los comprobantes respectivos, los que han de cumplir con los requisitos reglamentariamente fijados (arts. 34 y cc. de la ley 11.683, t.o. en 1998; arts. 41 y cc. de la RG 100 –AFIP–), aunque deja abierta la posibilidad para que los responsables acrediten la veracidad de las operaciones a fin de proceder a la aplicación de dichos conceptos preventivamente invalidados.

Por último, consideró que tanto la prueba documental como la pericial contable realizada dejaban en claro el incumplimiento de los recaudos formales en la facturación, sin que la actora hubiese logrado revertir la situación y acreditar con certeza la autenticidad de sus transacciones con los proveedores observados.

– II –

A fs. 235/239 vta., la Cámara Federal de Paraná revocó lo decidido en la instancia anterior y, en atención al desistimiento parcial formulado por la actora en su expresión de agravios, hizo lugar parcialmente a la demanda, ordenando en consecuencia el reintegro del IVA correspondiente.

Consideró, en síntesis, que si bien resulta atendible que la AFIP requiera el cumplimiento de ciertos recaudos formales a fin de tener por acreditada la situación fiscal de cada responsable, la sola conducta omisiva de los proveedores, en cuanto a la irregularidad de su facturación o en cuanto al incumplimiento de sus propias obligaciones sustantivas no es determinante para la procedencia del reintegro solicitado, toda vez que, de la prueba rendida en autos, a su juicio, se desprende la autenticidad de las compras efectuadas.

Señaló que del informe pericial contable de fs. 111/143 –que no fue impugnado por las partes– se aprecia con detalle el circuito comercial de la actora en cuanto a la compra de sus insumos (frutas) para la elaboración del producto exportado (jugos). En efecto, allí consta, de manera pormenorizada, el circuito físico de la mercadería (camiones que la transportaban, su conductor, tipo y cantidad de fruta, proveedor correspondiente, remito y factura, etc.), como también el económico correspondiente a los abonos efectuados por la actora (órdenes de pago, emisión y entrega de cheques, débitos en cuenta bancaria, etc.).

Por ello, afirmó que existían elementos suficientes para tener por acreditada la veracidad de las operaciones y su realidad económica, a los efectos del cumplimiento de lo preceptuado en el art. 41, último párrafo, de la RG 100.

– III –

A fs. 244/268 luce el recurso extraordinario interpuesto por la demandada.

Sostiene que la sentencia de la cámara ha incurrido en graves omisiones y desaciertos en la apreciación de las constancias de autos, a resultas de lo cual se ha tenido por constatada la existencia de las operaciones cuestionadas, circunstancias que la descalifican como pronunciamiento válido. A su juicio, además, hay gravedad institucional puesto que está involucrada la renta pública.

Indica que el régimen de devolución de IVA por exportaciones reviste carácter excepcional, y que tiene por miras el fomento del comercio exterior. En tal orden de ideas, sostiene que para que se genere el derecho a obtener el reintegro para el exportador, éste debe haber adquirido bienes o servicios a sujetos que revistan como responsables inscriptos en el IVA y, además, el débito fiscal generado por tales operaciones ha de haber sido ingresado al Fisco por los proveedores.

Recalca que al no haberse aquí acreditado que los proveedores cuestionados hubieran declarado y pagado su débito fiscal por IVA, la actora carece del derecho pretendido, puesto que no puede devolverse un tributo que no ha sido ingresado a las arcas públicas.

– IV –

De acuerdo con el auto de fs. 280/281 vta., la Cámara concedió el recurso extraordinario sólo en lo que respecta a la inteligencia de normas federales, puesto que lo rechazó en lo concerniente tanto a la existencia de un supuesto de arbitrariedad como a la gravedad institucional denunciada.

Al no haberse interpuesto queja alguna a su respecto, considero que esa Corte carece de jurisdicción para examinar los agravios fundados en la arbitrariedad endilgada a la sentencia, toda vez que la apelación extraordinaria fue expresamente denegada por el tribunal recurrido en este aspecto (Fallos: 313:1319; 317:1342; 318:141; 319:1057; 321:1997; 322:1231, entre otros).

– V –

Según observo, ha quedado fuera de debate en esta instancia la existencia y materialidad de las operaciones realizadas que vincularon a Bildown S.A. con sus proveedores, las que fueron objeto de cuestionamiento por el ente fiscal, dado que la sentencia apelada las tuvo por debidamente acreditadas con el respaldo de la prueba producida –la cual, cabe recordar, no fue objeto de cuestionamiento por parte del Fisco–.

Entiendo que tal extremo comprende tanto la entrega de productos por parte de los proveedores, como el respectivo pago del precio más el IVA correspondiente por el lado de la actora, aspectos que, como quedó indicado en el acápite anterior, resultan irrevisables ahora.

Por ende, corresponde estudiar únicamente el agravio del Fisco fincado en la inteligencia de las normas federales involucradas (art. 43 y cc. de la ley del IVA, art. 34 de la ley de procedimiento fiscal y demás normas reglamentarias). Su queja radica, en síntesis, en que tales normas condicionan el derecho al reintegro del IVA por exportación al hecho del efectivo ingreso del gravamen a las arcas fiscales por parte de los proveedores.

Adelanto mi opinión en cuanto a que la tesitura fiscal resulta equivocada y debe ser enfáticamente rechazada, tal como seguidamente lo fundamentaré.

– VI –

Queda en claro aquí que la actora ha abonado el gravamen correspondiente a sus adquisiciones, pagándolo junto con el precio, en la forma en que la propia ley del impuesto lo ha dispuesto –vale decir al proveedor– (arg. arts. 10, 11, 12 y cc. de la ley del IVA), lo que le genera el derecho a tomar tal suma de dinero como “crédito fiscal”, atado a las vicisitudes de la operatoria comercial que le sea propia (arg. Fallos: 308:673, considerandos 7º y 8º) pero que, en principio y en la mayoría de los casos, le permitirá sustraer esa suma ya pagada de su correspondiente “débito fiscal”, originado éste con la venta de sus productos o la prestación de sus servicios a terceros.

Ello no quita que, en ciertos otros casos, como ocurre en el supuesto del *sub lite*, pueda surgir el derecho al reintegro de ese “crédito fiscal” abonado con el precio de sus insumos, al haber exportado las mercaderías con ellos fabricadas (arg. arts. 8, inc. d, 43 y cc., ley del IVA).

Sentado ello, nada encuentro en la ley del IVA –y tampoco indican norma concreta alguna los representantes de la demandada– que otorgue al Fisco la posibilidad de condicionar la restitución del crédito fiscal al exportador al hecho de que sus proveedores hayan abonado sus respectivos gravámenes.

En otras palabras, no existe precepto alguno que subordine el derecho a la restitución del IVA del exportador al cumplimiento de las obligaciones sustantivas por parte de los terceros con los que él operó.

Por otro lado, tengo para mí que pretender ello conduce a dos inaceptables conclusiones. En primer lugar, equivale a constituir al contribuyente en una suerte de responsable del cumplimiento de la obligación sustantiva de otros, sin norma legal que así lo establezca. Y, en segundo término, lleva a que el Fisco se vea liberado de su inexcusable deber de verificar, fiscalizar y cobrar las sumas adeudadas por los contribuyentes, mediante la transferencia de esa responsabilidad hacia un tercero, como dije, sin ley que así lo autorice.

En efecto, no puede caber duda en cuanto a que el Fisco, al haber constatado tanto la falta de presentación de las declaraciones juradas como el pago del tributo por parte de alguno de los proveedores de la actora –con independencia de lo que aquí se debatió con respecto al derecho al reintegro de la accionante– debió haber puesto en ejercicio las

potestades y facultades conferidas por el ordenamiento —en particular, las de los arts. 33, 35 y cc. de la ley de rito fiscal—, para lograr dilucidar la auténtica situación tributaria de aquéllos, y perseguir el cobro de la acreencia que le correspondiera, tal como lo obliga la Constitución Nacional en cuanto recaudador de las rentas públicas (arts. 99, inc. 10, y 100, inc. 7º) sin que pueda admitirse, como indebidamente lo pretende aquí, involucrar a un tercero en violación al principio de reserva de ley en materia tributaria (Fallos: 312:912; 318:1154; 319:3400; 321:366; 326:3168, entre muchos otros).

– VII –

Por lo expuesto, considero que debe declararse formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada, de acuerdo con lo aquí indicado. Buenos Aires, 4 de mayo de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Bildown S.A. c/ Fisco Nacional (AFIP-DGI) s/ ordinario”.

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 remitirse en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Fisco Nacional (AFIP – DGI)**, representado por la **Dra. Marina Núñez**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Miriam Daniela Clariá**.

Traslado contestado por: **Bildown S.A.**, representado por el **Dr. Rubén Darío Germanier**, con el patrocinio del **Dr. Roberto A. Lerena**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Paraná**.

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

COMUNIDAD ABORIGEN SANTUARIO TRES POZOS Y OTROS
c/ JUJUY, PROVINCIA DE Y OTROS S/ AMPARO

PUEBLOS INDIGENAS.

Cabe convocar a audiencia pública en el marco de la acción de amparo iniciada por una comunidad aborígen a fin de que se condene a arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos de participación y consulta, y, en consecuencia, puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, pues la omisión de consulta previa, información y participación en que habrían incurrido las autoridades locales en los expedientes administrativos en trámite –en los que se habrían otorgado los permisos–, 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 éstos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional.

PUEBLOS INDIGENAS.

Cabe convocar a audiencia pública en el marco de la acción de amparo iniciada por una comunidad aborígen a fin de que se condene a arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos de participación y consulta, y, en consecuencia, puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, 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, sin que se vea en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos, con personería jurídica otorgada por resolución del Ministerio de Bienestar Social 0022265-BS del 7 de febrero de 2003, y el resto de las comunidades indígenas que se individualizan en el escrito de inicio, deducen acción de amparo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, contra la Provincia de Jujuy, la Provincia de Salta y el Estado Nacional, a fin de que se las condene a que arbitren las medidas que sean necesarias para hacer efectivos sus derechos de participación y consulta, y, en consecuencia, puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios.

Manifiestan que pretenden hacer efectivos sus derechos en los expedientes administrativos en trámite, en los que se otorgaron permisos de exploración y explotación de litio y borato en la zona de la Sub-Cuenca Laguna de Guayatayoc - Salinas Grandes, pertenecientes a ambas provincias, en razón de la omisión de consulta previa, información y participación en que incurrieron las autoridades locales respecto de las comunidades.

Señalan que las Salinas Grandes constituyen un recurso natural único, que abarca los departamentos de Cochinoca y Tumbaya de la Provincia de Jujuy y los departamentos de La Poma y Cobres de la Provincia de Salta, y que también integra la Sub-Cuenca de la Laguna de Guayatayoc - Salinas Grandes, que se encuentra en la zona de La Puna y tiene una superficie total de 17.552 km².

Indican que viven desde tiempo inmemorial en la zona de Salinas Grandes treinta y tres comunidades indígenas, que son enumeradas en la pág. 48 del escrito de demanda, y que para tales comunidades las salinas constituyen un ecosistema único que se encuentra dentro de sus propios territorios, el cual les provee de los recursos naturales de uso común que son necesarios para su subsistencia, como el agua y la sal que les permite la vida, el trabajo y la producción (v. expte. 0757-0617 de la prueba documental).

Aducen que demandan a ambas provincias, en primer lugar, por ser las titulares de las jurisdicciones afectadas, pero además, por ser quienes iniciaron una política pública de explotación y exploración de litio en la zona, declarando incluso, verbigracia, en el caso de Jujuy, a “las reservas minerales que contengan litio como recurso natural estratégico generador del desarrollo socio económico de la provincia” (decreto - acuerdo 7592/2011), y, en el caso de Salta, de “interés público” el proyecto e iniciativa privada para la exploración, explotación e industrialización de recursos sobre siete minas del Salar Salinas Grandes en el departamento de La Poma (v. prueba documental).

Además, por haber sido sus autoridades las que firmaron acuerdos y otorgaron autorizaciones y permisos de concesión de exploración y explotación de litio y borato en la zona descrita, sin considerar el derecho de consulta que tienen las comunidades aborígenes, los cuales ya han tenido principio de ejecución, según surge de la prueba documental que agrega al expediente y que demuestra la iniciación de trabajos, estudios y perforaciones en la zona de Salinas Grandes.

A su vez, dirigen su demanda contra el Estado Nacional debido a la presunta conducta omisiva en que incurrió, a través de su Secretaría de Minería - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios –según dicen–, al no garantizar su derecho de consulta y a la participación en este proceso de exploración y explotación de litio y borato, que ha sido promovido tanto desde las jurisdicciones locales como desde la nacional, desconociendo los estándares constitucionales e internacionales, que exigen a los estados llevar a cabo los mecanismos necesarios para hacer efectivo el goce de tales derechos de las comunidades.

Apoyan su postura en el art. 31 de la ley nacional 25.675 General del Ambiente, que establece el principio de solidaridad en materia de responsabilidad ambiental y, principalmente, en los arts. 2º, 6º, 7º, 12 y 13 del convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, que impone a los Estados el deber de respetar el derecho a la identidad social y cultural de los pueblos indígenas, al momento de tomar medidas destinadas a afectar sus recursos naturales.

Asimismo, solicitan que se ordene el dictado de una medida cautelar por la cual se ordene a ambas provincias abstenerse de otorgar

cualquier permiso administrativo de cateo o exploración y explotación minera en la zona de riesgo en cuestión, especialmente las referidas a litio y borato, así como también que se suspenda la ejecución de los permisos ya otorgados, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos.

Además requieren que se disponga la producción de una diligencia preliminar, en los términos de los arts. 323 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dirigida a que las provincias de Salta y Jujuy informen en autos los nombres y apellidos o razones sociales, con sus respectivos domicilios, de todas las personas físicas y jurídicas que han solicitado y obtenido autorizaciones de exploración, explotación y producción de litio y borato en las áreas pertenecientes a los departamentos de Cochino y Tumbaya de la Provincia de Jujuy y los departamentos de La Poma y Cobres de la Provincia de Salta, con fundamento en el art. 31 de la ley 25.675.

Fundan su pretensión en los arts. 16, 41, 75, incs. 17 y 18 de la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional enunciados en el inc. 22 de ese precepto, en el convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT y los arts. 1º, 2º y 4º de la ley nacional 25.675 General del Ambiente.

A fs. 96, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– 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. 1º, 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.

Al respecto, 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. 7º, segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente 25.675, 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*”.

Asimismo, a través de distintos precedentes el Tribunal ha delineado los criterios que se deben tener en cuenta para determinar la procedencia de dicha competencia federal en razón de la materia ambiental, estableciendo, en primer término que hay que delimitar el ámbito territorial afectado, pues, como lo ha previsto el legislador nacional, debe tratarse 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. Es decir, que tiene que tratarse de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción estatal, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires o internacional (doctrina de Fallos: 330:4234; 331:1679 y dictamen de este Ministerio Público *in re* M. 853.XLIV, Originario, “Municipalidad de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de y otro s/ amparo [daño ambiental]”, del 29 de agosto 2008).

En el *sub lite*, a mi modo de ver, se cumplen dichos recaudos, según surge de los términos de la demanda y de la prueba documental agregada al expediente, puesto que las comunidades indígenas actoras pretenden tutelar mediante esta acción de amparo sus derechos a la identidad y a la consulta respecto del proceso de exploración y explotación de litio y borato sobre un recurso natural de carácter interjurisdiccional como lo son las Salinas Grandes, que constituyen un recurso natural único, que abarca los departamentos de Cochinoca y Tumbaya de la Provincia de Jujuy y los departamentos de La Poma y Cobres de la Provincia de Salta, y que también integra la Sub-Cuenca de la Laguna de Guayatayoc - Salinas Grandes (Fallos: 329:2316 y 331:1243, entre otros).

En consecuencia, puede afirmarse que la controversia es común a ambas provincias, en cuanto concurren en la causa los extremos que autorizan a considerar la existencia de un litisconsorcio pasivo nece-

sario, 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 recurso natural presuntamente afectado, a los fines de que la sentencia pueda ser pronunciada útilmente (conf. Fallos: 329:2316), esto es, para que, en su caso, ambos deban recomponer.

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 Jujuy y la Provincia de Salta, quienes han sido demandadas 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, 15 de marzo de 2011.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.

Autos y Vistos; Considerando:

Que la Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y las demás individualizadas en el escrito de inicio y en el de fs. 240/242, deducen acción de amparo, a fin de que se condene a arbitrar las me-

didadas necesarias para hacer efectivos sus derechos de participación y consulta, y, en consecuencia, puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios.

Manifiestan que pretenden hacer efectivos sus derechos en los expedientes administrativos en trámite, en los que se otorgaron permisos de exploración y explotación de litio y borato en la zona de la subcuenca Laguna de Guayatayoc-Salinas Grandes, en razón de la omisión de consulta previa, información y participación en que incurrieron las autoridades locales respecto de las comunidades.

Indican que viven desde tiempo inmemorial en la zona, y que las salinas constituyen un ecosistema único que se encuentra dentro de sus propios territorios, que les provee de los recursos naturales de uso común que son necesarios para su subsistencia, como el agua y la sal que les permite la vida, el trabajo y la producción.

Asimismo, solicitan que se ordene el dictado de una medida cautelar por la cual se ordene abstenerse de otorgar cualquier permiso administrativo de cateo o exploración y explotación minera en la zona de riesgo en cuestión, especialmente las referidas a litio y borato, así como también que se suspenda la ejecución de los permisos ya otorgados.

Fundan su pretensión en los artículos 16, 41, 75, incisos 17 y 18 de la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos enunciados en el inciso 22 de ese precepto, en el convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT y en los artículos 1º, 2º, 4º y 31 de la Ley General del Ambiente, 25.675.

Que la omisión de consulta previa, información y participación en que –según se denuncia– habrían incurrido las autoridades locales en los expedientes administrativos en trámite, en los que se habrían otorgado permisos de exploración y explotación de litio y borato en las zonas de Cochinoca y Tumbaya, 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 (conf. Fallos: 330:111, 4134 y 331:2925).

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 se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (conf. causas citadas precedentemente; Fallos: 328:1146).

De tal manera, de acuerdo a lo que surge de los elementos incorporados al proceso, y en el marco de la intervención asumida por el Tribunal en las causas “Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro” (Fallos: 330:111), “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra –Provincia del Chaco–” (Fallos: 330:4134) y “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional” (Fallos: 331:2925), se dispondrá en el caso la comparecencia a una audiencia pública de las comunidades demandantes y del señor gobernador de la Provincia de Jujuy. Ello, 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 la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, y a la condición de partes que pudieran revestir los demás codemandados.

Por ello, oída en esta instancia la señora Procuradora Fiscal, y sin perjuicio de la decisión que en definitiva se adopte, se resuelve: Convoacar a una audiencia a realizarse en la sede de esta Corte el 28 de marzo de 2012 a la hora 10, en la cual los citados deberán expedirse en forma oral y pública ante el Tribunal sobre la situación que se denuncia. Notifíquese a la actora por cédula, y al señor gobernador de la Provincia de Jujuy mediante oficio. Comuníquese al señor Procurador General y al señor Defensor Oficial ante esta Corte.

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

Parte actora: **Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos; Cominidad Aborigen de San Francisco de Alfarcito; Comunidad Aborigen del Distrito de San Miguel de Colorados; Comunidad Aborigen de Aguas Blancas; Comunidad Aborigen de Sianzo; Comunidad Aborigen de Rinconadilla; Comunidad Aborigen de Lipan; Organización Comunitaria Aborigen “Sol de Mayo”; Comunidad Aborigen de Pozo Colorado-Departamento Tumbaya; Comunidad Aborigen de Santa Ana, Abralaité, Río Grande y Agua de Castilla; Comunidad**

Aborigen El Angosto Distrito El Moreno; Comunidad Aborigen Cerro Negro; Comunidad Aborigen de Casa Colorada; Comunidad Esquina de Guardia; Comunidad Indígena Atacama de Rangel; Comunidad Aborigen de Cobres; Comunidad Likan Antai Paraje Corralitos; Comunidad Aborigen de Tipan; Comunidad Aborigen Sayate Oeste, Departamento Cochinoaca; Comunidad Aborigen de Quebraleña Pueblo Kolla-Departamento Cochinoaca; Comunidad Aborigen de Santa Ana de la Puna; Comunidad Aborigen Cochagaste; señor Jorge Luis Mamani, en representación del Pueblo Kolla de la Provincia de Jujuy, en su carácter de integrante del Consejo de Participación Indígena (CPI); todas ellas representadas por sus apoderados, doctores Alicia Chalabe y Enrique Oyharzabal Castro, con el patrocinio letrado de los doctores Rodrigo Solá y Lorena María Gutiérrez Villar.

Parte demandada: **Provincias de Jujuy y Salta, y el Estado Nacional.**

Defensor Público ante la CSJN: **doctor Julián Horacio Langevin**, en representación de **los menores que integran las comunidades involucradas.**

Amicus Curiae: **Fundación Servicio Paz y Justicia (SERPAJ)**, representada por su **presidente, señor Adolfo Pérez Esquivel.**

Fundación Ambiente y Recursos Naturales, representada por su **apoderada, doctora María Eugenia Di Paola**, con el patrocinio letrado de **los doctores Carina Quispe, Gabriela Vinocur y Jorge Alberto Ragaglia.**

G.M.E. c/ INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA
JUBILADOS Y PENSIONADOS S/ AMPARO

DISCAPACIDAD.

Cabe revocar la sentencia que dejó sin efecto el beneficio que –en los términos del art. 39, inc. d) de la Ley 24.091 –el juez de grado le había otorgado a la actora –persona con discapacidad– a fin de que perciba una suma para la cobertura de auxiliar domiciliario, sobre la base de considerar no acreditada la imposibilidad de la familia de pagar el costo de tal asistencia, pues frente a la finalidad de dicha ley y el derecho que le asiste a las personas con discapacidad y de edad avanzada a gozar del nivel más elevado posible de salud física y mental, sin discriminación basada en la edad o en el ingreso económico, y la urgencia en encontrar una solución acorde con la situación planteada, no parece razonable ser tan rigurosos con la exigencia indefectible de una prueba negativa que resulta de muy difícil producción –y que en todo caso debió ser aportada por la entidad obligada–, máxime siendo incuestionable que la atención de una patología como la que padece la incapaz, –reconocida expresamente por la demandada–, requiere de gastos relevantes, ineludibles e impostergables de diversa índole, sin que ello importe desconocer la obligación alimentaria que pesa sobre los parientes en el marco de los artículos 367, 372 y concordantes del Código Civil, cuya situación

patrimonial y rango obligacional deberían ser demostradas por la entidad que pretende desligarse de las obligaciones que le competen.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Provincia de Santa Fe, revocó la sentencia del juez de grado que en su oportunidad hizo lugar a la acción de amparo deducida por la parte actora ordenando a la demandada –P.A.M.I.– a entregar mensualmente a la accionaste la suma de pesos un mil trescientos tres (\$1.303.-), para la cobertura de auxiliar domiciliario por 12 horas diarias de lunes a viernes –v. fs. 206/207, 183–.

Para así decidir, la Alzada sostuvo que la actora persona con discapacidad no se encontraba en un estado de “vulnerabilidad social”, que hiciera viable exigir al PAMI hacerse cargo de la totalidad del gasto demandado, al no encontrarse acreditado que sus descendientes no se encontraran en condiciones de afrontar el pago de la asistencia domiciliaria petitionada –v. fs. 207–.

Contra dicho pronunciamiento la actora dedujo recurso extraordinario federal, el que contestado por la demandada, fue denegado por la alzada lo que dio lugar a la interposición de la presente queja –v. fs. 212/219, 221/224, 226, 23/27 de este cuaderno–.

Recepcionadas las actuaciones por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomó intervención por la representación promiscua que le corresponde respecto de los intereses de la incapaz el Defensor Oficial ante ese Tribunal, y solicitó se declare procedente el remedio extraordinario interpuesto, se revoque la sentencia apelada y se mande dictar nuevo pronunciamiento –v. fs. 32/36–.

Corrido el pertinente traslado a ésta Procuración, petitionó y V.E. dispuso el dictado de medidas de carácter previo a dictaminar, las que obran agregadas al respectivo cuaderno de queja –v. fs. 39/51–.

- II -

En lo que aquí interesa, corresponde señalar que la actora representada en las actuaciones por su hijo y curador, interpuso la presente acción de amparo y pedido de medidas cautelares, contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), del que es afiliada, bajo el número 13054100270600, a fin de que se le brinde la cobertura integral de un auxiliar domiciliario de lunes a viernes, de 8.00 a 20.00 horas, en razón de ser una persona con discapacidad mental y motriz, asistencia por la que reclamó la suma de pesos dos mil ochocientos -\$ 2.800-, acreditando su incapacidad total con el Certificado Unico de Discapacidad. Fundó su reclamo en lo normado por los artículos 14, 17, 18, 28, 31, 42, 43 y 75 inciso 22) de la Constitución Nacional; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley 26.378 y Convención Americana sobre Derechos Humanos; Ley 24.901 -arts. 1, 2, 6, 18, 19 y 39-; Decreto 762/97 y 1193/98; Ley 26.480; Ley 23.660 -art. 1 y concordantes-; Ley 23.661 -art. 1, 2 y 28-; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Ley 25.280; Ley 22.431 -art. 1 y concordantes-, Decreto 498/83, doctrina y jurisprudencia aplicables al caso -v. fs. 9/13-.

A fojas 19 el magistrado interviniente hizo lugar a la medida cautelar peticionada y ordenó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) que brinde cobertura económica a la actora, mediante el otorgamiento de un subsidio de un mil trescientos tres pesos mensuales (\$ 1.303.-), correspondiente a la categoría segunda, de la escala salarial de la Asociación de Trabajadores Auxiliares de Casas Particulares, que acompañara la demandada a la audiencia de conciliación -v. fs. 17/18-.

La demandada, a su turno, reconoció la discapacidad de la accionante y la procedencia de un subsidio por asistencia domiciliaria por la suma de pesos setecientos (\$ 700.-), pero rechazó tener que cubrir el 100% de lo reclamado por la actora, por entender que lo peticionado debía ser solventado en forma conjunta con el grupo familiar de la incapaz -v. fs. 81/83-.

El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo deducida por el representante de la actora y ordenó al PAMI a brindar

la cobertura de asistencia domiciliaria por el monto de \$ 1.303.- por mes, en carácter de subsidio –v. fs. 183–.

Contra dicha resolución apeló la demandada. La alzada resolvió revocar el fallo del juez de grado, conforme se señaló *ab initio* –v. fs. 206/207–.

– III –

Sostiene la actora que la decisión impugnada resulta equiparable a definitiva a los efectos del artículo 14 de la Ley 48. En cuanto al fondo refiere que existe cuestión federal para su tratamiento por la vía intentada en la medida en que se encuentran en tela de juicio normativas de carácter federal –arts. 14, 17, 18, 28, 31, 42, 43, 75 inc. 22) de la Constitución Nacional; arts. 1, 2, 18, 19, 39 inc. d) de la Ley 24.901; Ley 26.378 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad arts. 1, 4, 5, 10, 17, 19, 25, 28 y Ley 22.431– y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a los derechos en que la accionante fundó su reclamo, lo que le ocasionó graves perjuicios en la salud, calidad de vida, integridad física y en su patrimonio, por lo que requirió tutela inmediata respecto de los derechos federales vulnerados.

Se agravia expresamente de que la sentencia cuestionada omitiera la aplicación de los artículos 1, 2, 19, 39 inc. d) de la Ley 24.901 de expresa aplicación al caso, circunscribiendo el fallo a lo normado por el artículo 18 del citado plexo normativo.

En dicho marco sostiene que el fallo es arbitrario al haberse omitido el tratamiento integral de las normas federales señaladas, y denegado el remedio extraordinario deducido por su parte por entender que éste se fundó en una “discrepancia de criterio” con lo decidido por el *a quo*, cuando el fundamento del recurso fue la errónea interpretación de las leyes federales vigentes en la materia.

Concluye señalando, que el decisorio ignoró la supremacía constitucional de los derechos a la salud, integridad física y calidad de vida de las personas con discapacidad, por sobre una normativa interna de una obra social.

– IV –

Corresponde señalar, en primer término, que existe cuestión federal por cuanto se cuestiona la interpretación de leyes nacionales –Leyes 24.431, 24.901 y 26.378– y la decisión ha sido contra la validez del derecho que es materia de litigio y que se funda en dichas normas –art. 14, inc. 3º, de la Ley 48–.

– V –

Resulta menester recordar que, tal como lo expresa el artículo 1º y el mensaje de elevación, la Ley 24.901 instituyó un sistema de protección integral para las personas con discapacidad tendientes a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, tratando de establecer un régimen particular en relación con los derechos de los discapacitados, así como de las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado. El objetivo de la ley se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encontraren en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan –en lo posible– neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca –v. doctrina de Fallos: 313:579–.

En dicho contexto, y conforme señalamos precedentemente, en autos, la Alzada resolvió dejar sin efecto los beneficios que, de conformidad con el artículo 39, inciso d), de la norma citada –24.901–, le había acordado el juez de grado a la incapaz, al otorgarle en concepto de subsidio la suma de \$ 1.303, para afrontar los gastos de un asistente domiciliario que concorra de lunes a viernes, de 8.00 a 20.00 horas conforme lo peticionado, en razón del grado de incapacidad física y mental de la actora.

Sostuvo el *a quo* que no se acreditó en la causa la imposibilidad de la familia de pagar esta asistencia prescripta por el médico que la asiste, por lo que concluyó señalando que la accionante no se encontraba en un estado de “vulnerabilidad social” que obligue a la demandada a abonar un importe superior a los \$ 700 que prescribe la normativa interna de la obra social demandada para cubrir las necesidades reclamadas en este amparo, por lo que rechazó que ésta se encuentre obligada a abonar el 100% de la atención domiciliaria, conforme entiende lo hiciera el juez de grado.

En primer término cabe señalar, que si bien es cierto que el magistrado de primera instancia hizo lugar al 100% de la prestación peticionada, ello no implica que hiciera lugar al 100% del importe total recla-

mado en autos que ascendía a la suma de \$ 2.800. Muy por el contrario, la demanda prosperó solamente por el importe de \$ 1.303 pesos que se fijara como medida cautelar para cubrir la asistencia domiciliaria de la actora de conformidad con la escala salarial de la Asociación de Trabajadores Auxiliares de Casas Particulares, segunda categoría, que acompañara a fojas 17 la demandada. Dicho decisorio fue consentido por la accionante, quien no apeló aceptando hacerse cargo de la diferencia entre lo reclamado y el monto de condena –\$ 1.497–.

Asimismo y a pedido de esta Procuración General de la Nación surge acreditado en autos que la accionante percibe de la ANSES dos haberes mínimos uno de jubilación y otro de pensión, por las sumas de \$ 1.227,78 y de \$ 1.320,33 respectivamente cada uno de ellos, percibiendo el último de los citados a partir del 1° de septiembre de 2009, y que la demandada PAMI dejó de abonar el subsidio de \$ 1.303 a partir del mes de agosto de 2009 fecha en que laalzada revocó el pronunciamiento de primera instancia, no abonando en su reemplazo la suma de \$ 700 –Resolución 1490/08 Subsidios Programados– que le fuera concedido por Disposición 1807/09 –v. fs. 39, 43/51 y siguientes hojas sin foliar del cuaderno de queja–.

En tales condiciones, soy de opinión, que ante la claridad del plexo normativo conformado por las Leyes 24.431, 24.901 y 26.378, y atento, además, a la jerarquía de los intereses en juego y la gravedad de la situación, considerando no solo la discapacidad de la actora sino su avanzada edad –92 años–, no resulta razonable ni justificada, –a partir de los elementos de juicio existentes en autos–, la decisión de la Cámara de revocar el beneficio otorgado al discapacitado por el Juez de Primera Instancia.

Así lo considero ya que lo decidido compromete el interés superior de una persona con discapacidad, cuya necesidad de atención y asistencia integral se ha explicitado en las leyes antes referidas y en reiterada jurisprudencia del Tribunal en esta materia –v. doctrina de Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:2388; 324:112, entre muchos otros–.

Cabe señalar, también, que las personas con discapacidad además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su conveniencia, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos –v. doctrina de Fallos: 322:2701; 324:122; 327:2413–.

En autos, reitero, la Alzada dejó sin efecto el beneficio que el juez de grado le había otorgado a la actora de conformidad con lo normado por el artículo 39 inciso d) de la Ley 24.901, sobre la base de considerar no acreditada la imposibilidad de la familia de pagar el costo de la asistencia domiciliaria prescripta a la accionante, invocando el artículo 18 de la citada normativa.

Al respecto y teniendo en consideración la finalidad de la ley, antes señalada, y el derecho que le asiste a las personas con discapacidad y de edad avanzada a gozar del nivel más elevado posible de salud física y mental, sin discriminación basada en la edad o en el ingreso económico, y la urgencia en encontrar una solución acorde con la situación planteada, no parece razonable ser tan rigurosos con la exigencia indefectible de una prueba negativa que resulta de muy difícil producción –y que en todo caso debió ser aportada por la entidad obligada–, máxime si se tiene presente, que es incuestionable que la atención de una patología como la que padece la incapaz, –reconocida expresamente por la demandada–, requiere de gastos relevantes, ineludibles e imposterables de diversa índole. Ello no importa desconocer la obligación alimentaria que pesa sobre los parientes en el marco de los artículos 367, 372 y concordantes del Código Civil, cuya situación patrimonial y rango obligacional deberían ser demostradas por la entidad que pretende desligarse de las obligaciones que le competen.

– VI –

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 15 de noviembre de 2011. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa G., M. E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios de la apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos esta Corte comparte y hace suyos por razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso de hecho interpuesto por **M. E. G.**, representada por **Jorge Sergio Solsona, en su carácter de curador**, con el patrocinio de la Dra. **Edith Gladis Solsona**.
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario**.
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal n° 1 de Rosario**.

JOSE MINETTI Y Cía. LTDA. S.A.C.E.I. c/ ESTADO NACIONAL
s/ ORDINARIO s/ INC. DE REDARGUCIÓN DE FALSEDAD s/ INC. DE APEL. ART. 250 C.P.C.C.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION.

El requisito de que “el valor disputado en último término” o “monto del agravio” –sin sus accesorios– excede el mínimo legal a la fecha de interponer el recurso ordinario de apelación, excluye la competencia apelada de la Corte en los juicios carentes de contenido patrimonial, situación que se configura cuando se trata de un incidente destinado exclusivamente a destruir la eficacia de un instrumento público ofrecido como elemento de prueba, en el marco de un proceso principal por rendición de cuentas.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION.

Las meras aserciones del apelante –en el sentido de que el monto del agravio excede el mínimo legal– resultan insuficientes para la admisibilidad formal del recurso ordinario, si las mismas no se sustentan en fundamentos objetivos de la causa, fundamentos de los que resulta que el incidente de redargución de falsedad –destinado a destruir la eficacia de un instrumento público ofrecido como prueba

en un proceso de rendición de cuentas– no puede traducirse en una sentencia de condena de contenido patrimonial, y no cabe tener en cuenta la incidencia que pudiese tener lo resuelto en futuras acciones de esta naturaleza, pues la existencia de “un valor disputado” debe ser verificable en el caso concreto que corresponde decidir.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION.

Cabe declarar mal concedido el recurso ordinario interpuesto contra la resolución por la que se tuvo al Estado Nacional por desistido del incidente de redargución de falsedad promovido en el marco de un proceso de rendición de cuentas, pues la misma no reviste el carácter de sentencia definitiva, extremo que debe apreciarse con criterio más riguroso que en el supuesto del art. 14 de la ley 48, entendiéndose por tal, al pronunciamiento que, aun cuando no decida sobre el fondo del litigio, pone fin a la controversia o impide su continuación, privando al interesado de los medios legales para la tutela de su derecho, regla a la que no hace excepción la circunstancia de invocarse un gravamen irreparable.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “José Minetti y Cía. Ltda. S.A.C.E.I. c/ Estado Nacional s/ ordinario s/ inc. de redargución de falsedad s/ inc. de apel. art. 250 C.P.C.C.”.

Considerando:

1º) Que la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió, al revocar la decisión de la instancia de grado, tener al Estado Nacional por desistido del incidente de redargución de falsedad promovido, ello en virtud de su tardía promoción conforme a lo dispuesto por el art. 395 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (fs. 399/401).

La actora había denunciado como hecho nuevo la celebración de un acuerdo de compensación y reconocimiento de créditos, suscripto entre sus apoderados y el Fiduciario Liquidador de la Compañía Azucarera Bella Vista S.A. (e.l.), en virtud del cual se había dado por satisfecho el saldo de precio adeudado a raíz de la adquisición del ingenio azucarero

por la suma de \$ 2.128.739,68, adjuntándose copias de las pertinentes escrituras traslativas de dominio. El demandado cuestionó estos instrumentos por vía del incidente de redargución de falsedad que el *a quo* tuvo por desistido.

2º) Que contra este pronunciamiento el Estado Nacional interpuso el recurso ordinario de apelación de fs. 407, que fue concedido por el *a quo* a fs. 411. Obra a fs. 418/424 el memorial presentado por el recurrente, y a fs. 427/430 la respectiva contestación de su contraria.

3º) Que según conocida jurisprudencia del Tribunal, el recurso ordinario de apelación en tercera instancia procede formalmente respecto de una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación directa o indirectamente reviste el carácter de parte, siempre que se demuestre que “el valor disputado en último término” o “monto del agravio” –sin sus accesorios– excede el mínimo legal a la fecha de su interposición (Fallos: 329:5890; 330:948; entre muchos otros), en el caso, el previsto por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de la Corte Suprema.

4º) Que este último requisito excluye, desde luego, la competencia apelada de esta Corte en los juicios carentes de contenido patrimonial (cf. doctrina de Fallos: 203:398; 217:982; 250:594; 305:880; 327:2562 y 2637), situación que se configura en el presente caso, por tratarse de un incidente destinado exclusivamente a destruir la eficacia de un instrumento público ofrecido como elemento de prueba (conf. causa “Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c/ San Luis, Provincia de”, Fallos: 321:1397), en el marco de un proceso principal por rendición de cuentas.

5º) Que no obsta a esta conclusión lo expresado por la actora en la oportunidad de deducir el recurso (fs. 407), en cuanto a que el monto en disputa estaría dado por el reconocimiento efectuado por el fiduciario liquidador por la suma de \$ 2.128.739,68. Según ha expresado esta Corte, las meras aserciones del apelante –en el sentido de que el monto del agravio excede el mínimo legal– resultan insuficientes para la admisibilidad formal del recurso, si las mismas no se sustentan en fundamentos objetivos de la causa (Fallos: 305:48), fundamentos de los que resulta que el incidente *sub examen* no puede traducirse en una sentencia de condena de contenido patrimonial. Asimismo, no cabe tener en cuenta la incidencia que pudiese tener lo resuelto en futuras acciones de esta naturaleza, pues la existencia de “un valor disputado”

debe ser verificable en el caso concreto que corresponde decidir (Fallos: 329:1397).

6º) Que asimismo cabe señalar que, aun de aceptarse por vía de hipótesis el monto denunciado por el recurrente, lo cierto es que éste no ha demostrado en el caso cuál sería el interés de la Nación que estaría en juego con motivo del pronunciamiento en crisis, ello atento al rol de liquidador que cumple en este proceso el Estado Nacional. La condición señalada deviene decisiva para la habilitación de la vía intentada pues, según ha expresado el Tribunal, el recurso ordinario resulta admisible sólo en tanto pueda resultar comprometido el referido interés económico de la Nación (Fallos: 328:3876).

7º) Que, por último, también corresponde poner de relieve que la resolución apelada no reviste el carácter de sentencia definitiva, extremo que debe apreciarse con criterio más riguroso que en el supuesto del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 329:2224, entre muchos otros). Cabe entender por tal –a los fines del recurso ordinario ante esta Corte– al pronunciamiento que, aun cuando no decida sobre el fondo del litigio, pone fin a la controversia o impide su continuación, privando al interesado de los medios legales para la tutela de su derecho (Fallos: 323:3690; 325:991; 327:3576; 328:3473; 329:500; 330:1893; causa G.762.XLII “Gas del Estado c/ Distribuidora de Gas del Centro S.A.”, del 8 de mayo de 2007 y O.289.XLII “Orígenes AFJP S.A. c/ E.N. –P.E.N.– dto. 863/98 s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 3 de julio de 2007), regla a la que no hace excepción la circunstancia de invocarse un gravamen irreparable (Fallos: 326:2171, entre otros).

En el presente caso es evidente que la desestimación del incidente de redargución de falsedad no se ajusta a la definición precedente, por cuanto la frustración de la vía incidental no excluye la querrela o redargución de falsedad mediante acción autónoma (cf. art. 993 del Código Civil), toda vez que se trata de remedios independientes.

8º) Que, por las razones expuestas, el recurso ordinario interpuesto por la demandada ha sido mal concedido.

Por ello, se declara mal concedido el recurso ordinario de apelación. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió, al revocar la decisión de la instancia de grado, tener al Estado Nacional por desistido del incidente de redargución de falsedad promovido, ello en virtud de su tardía promoción conforme a lo dispuesto por el art. 395 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (fs. 399/401).

La actora había denunciado como hecho nuevo la celebración de un acuerdo de compensación y reconocimiento de créditos, suscripto entre sus apoderados y el Fiduciario Liquidador de la Compañía Azucarera Bella Vista S.A. (e.l.), en virtud del cual se había dado por satisfecho el saldo de precio adeudado a raíz de la adquisición del ingenio azucarero por la suma de \$ 2.128.739,68, adjuntándose copias de las pertinentes escrituras traslativas de dominio. El demandado cuestionó estos instrumentos por vía del incidente de redargución de falsedad que el *a quo* tuvo por desistido.

2º) Que contra dicho pronunciamiento el Estado Nacional interpuso el recurso ordinario de apelación de fs. 407, que fue concedido por el *a quo* a fs. 411. Obra a fs. 418/424 el memorial presentado por el recurrente y a fs. 427/430 la respectiva contestación de su contraria.

3º) Que según conocida jurisprudencia del Tribunal, el recurso ordinario de apelación en tercera instancia procede formalmente respecto de una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación directa o indirectamente reviste el carácter de parte, siempre que se demuestre que “el valor disputado en último término” o “monto del agravio” –sin sus accesorios– excede el mínimo legal a la fecha de su interposición (conf. Fallos: 329:5890 y 330:948, entre muchos otros), en el caso, el previsto por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de la Corte Suprema.

4º) Que este último requisito excluye, desde luego, la competencia apelada de esta Corte en los juicios carentes de contenido patrimonial (conf. doctrina de Fallos: 203:398; 217:982; 250:594; 305:880; 327:2562 y 2637), situación que se configura en el presente caso, por tratarse de un

incidente destinado exclusivamente a destruir la eficacia de un instrumento público ofrecido como elemento de prueba (conf. “Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c/ San Luis, Provincia de” Fallos: 321:1397), en el marco de un proceso principal por rendición de cuentas.

5°) Que no obsta a esta conclusión lo expresado por el recurrente en la oportunidad de deducir el recurso (fs. 407), en cuanto a que el monto en disputa estaría dado por el reconocimiento efectuado por el fiduciario liquidador por la suma de \$ 2.128.739,68. Según ha expresado este Tribunal, las meras aserciones del apelante —en el sentido de que el monto del agravio excede el mínimo legal— resultan insuficientes para la admisibilidad formal del recurso, si las mismas no se sustentan en fundamentos objetivos de la causa (conf. Fallos: 305:48).

6°) Que, por último, también corresponde poner de relieve que la resolución apelada no reviste el carácter de sentencia definitiva, extremo que debe apreciarse con criterio más riguroso que en el supuesto del art. 14 de la ley 48 (conf. Fallos: 329:2224, entre muchos otros). Cabe entender por tal —a los fines del recurso ordinario ante esta Corte— al pronunciamiento que, aun cuando no decida sobre el fondo del litigio, pone fin a la controversia o impide su continuación, privando al interesado de los medios legales para la tutela de su derecho, regla a la que no hace excepción la circunstancia de invocarse un gravamen irreparable (conf. Fallos: 323:3690; 325:991; 326:2171; 328:3473; 329:500; 330:1893 y causas G.762.XLII “Gas del Estado c/ Distribuidora de Gas del Centro S.A.” y O.289.XLII “Orígenes AFJP S.A. c/ E.N. —P.E.N.— dto. 863/98 s/ proceso de conocimiento”, sentencias del 8 de mayo y 3 de julio de 2007, respectivamente).

En el presente caso es evidente que la desestimación del incidente de redargución de falsedad no se ajusta a la definición precedente, por cuanto la frustración de la vía incidental no excluye la querrela o redargución de falsedad mediante acción autónoma (conf. art. 993 del Código Civil), toda vez que se trata de remedios independientes.

7°) Que, por las razones expresadas, el recurso ordinario interpuesto por el demandado ha sido mal concedido.

Por ello, se declara mal concedido el recurso ordinario de apelación. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto y fundado por **el Estado Nacional –Secretaría de Seguridad Social dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social–**, representado por la Dra. **Marta Carmen Rey**.

Traslado contestado por **el Dr. Juan F. Cerezo, en su carácter de liquidador de Cía. Azucarera Bella Vista S.A. (e.l.)**, con el patrocinio letrado del **Dr. Mauricio Roberto Halac**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F**.
Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 11, Secretaría n° 22**.

KANG, YOONG SOO s/ REC. EXTRAORDINARIO

NON BIS IN IDEM.

Cabe desestimar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que hizo lugar al agravio relativo al *non bis in idem* oportunamente introducido por la defensa, por falta de fundamentación suficiente, pues el Ministerio Público se ha limitado a expresar su discrepancia con la interpretación de la garantía del *non bis in idem* postulada por el *a quo*, extendiéndose en consideraciones relativas a las facultades y función de los recursos interpuestos por el fiscal, pero sin refutar el argumento central del fallo, referido a la inadmisibilidad de que los errores procesales producidos en el caso recaigan sobre el imputado que no los produjo, como tampoco nada dijo en cuanto a cómo sería posible compatibilizar la solución del reenvío reclamada con el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razonable, aspecto de particular significación, en tanto el recurrente pretende que se lleve a cabo un nuevo juicio por hechos de contrabando que datan de 1995 y 1996, por los que el imputado se encuentra procesado desde el 17 de marzo de 1998 y respecto de los cuales ya en el juicio anterior la fiscalía había considerado necesaria la realización de una instrucción suplementaria.

NON BIS IN IDEM.

La sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria; el juicio de reenvío para el imputado absuelto constituye un nuevo juicio, básicamente idéntico al primero, en el que su honor y su libertad vuelven a ponerse en riesgo y ello es suficiente para que la garantía del *non bis in idem* impida al Estado provocarlo.

–Del precedente “Sandoval” (Fallos: 333:1687), al que remitió la Corte Suprema–.

NON BIS IN IDEM.

La regla adoptada por el *a quo* que establece un supuesto de *ne bis in idem* que impide el reenvío contenido en el artículo 451 del Código Procesal Penal de la Nación cuando el defecto que generó la absolución fuera consecuencia de un error del Estado, se aparta del “principio primario de sujeción de los jueces a la ley, con arreglo al cual no deben sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia, en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad (Disidencia de los jueces Highton de Nolasco y Raúl E. Zaffaroni).

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia—.

NON BIS IN IDEM.

Cabe descalificar como acto jurisdiccional válido la sentencia que hizo lugar al agravio relativo al *non bis in idem* oportunamente introducido por la defensa, pues se sustenta en afirmaciones dogmáticas y en fundamentos aparentes, todo ello con grave menoscabo de los derechos constitucionales invocados, que no se muestra como una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias comprobadas de la causa, y en tales condiciones, la convalidación de una sentencia arbitraria absolutoria es más grave aún si se tiene en cuenta que esa anomalía evidencia la omisión del ejercicio de facultades propias del tribunal concernientes a la mejor averiguación de los hechos que se reconocen de interés para la apreciación de la responsabilidad del imputado, sumado a la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, la cual reconoce raíz constitucional (Disidencia de los jueces Highton de Nolasco y E. Raúl Zaffaroni).

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal anuló la absolución dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Luis respecto de, entre otros, Y.S.K. (fs. 3559/3559 vta. y 3563/3579 vta.) así como la resolución de fs. 2810/2812, y dispuso el reenvío de la causa a otro tribunal para la realización de un nuevo juicio (fs. 4000/4012).

Este pronunciamiento fue dejado sin efecto por V.E. en virtud del recurso de hecho interpuesto por la defensa del imputado, oportunidad en la cual se ordenó al *a quo* que tratara el agravio planteado

por esa parte vinculado con la supuesta violación del principio *ne bis in idem* derivada de aquella decisión (Fallos: 330:2265, agregado a fs. 4428/4429).

Como consecuencia de esta resolución, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal dictó nuevo fallo en el que rechazó los recursos de casación de la querrela y del Ministerio Fiscal dirigidos contra la absolución (fs. 4473/4482 vta.).

Ello condujo a la articulación de la apelación federal por parte del Fiscal General a fs. 4487/4503, la que fue concedida a fs. 4524/4525.

– II –

Cabe destacar que en el fallo cuestionado originalmente, el tribunal de juicio había advertido falencias en la prueba instrumental que impidieron alcanzar el grado de certeza necesario para arribar a una condena, aun cuando a fs. 2810/2812 –al proveer respecto de la instrucción suplementaria solicitada por la fiscalía– había entendido que las medidas probatorias propuestas, precisamente dirigidas a subsanar dichos extremos, excedían las facultades otorgadas por el artículo 357 del Código Procesal Penal de la Nación, además de que eran ajenas a la plataforma fáctica y probatoria del debate.

En tales condiciones y sobre la base de esta contradicción, se estructuró oportunamente la crítica que dio fundamento a la anulación de arribas resoluciones al advertir que “el mismo Tribunal ha sido el responsable de la ausencia de la prueba que él luego calificó como dirimente” (fs. 4000/4012).

Sin embargo, como ya se dijo, el *a quo* censuró la posibilidad de una retrogradación del juicio, en virtud de la presunta transgresión a la regla *ne bis in idem*, y rechazó los recursos de los acusadores (fs. 4473/4482 vta.).

En la impugnación extraordinaria, el apelante sustentó su reclamo en la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad de sentencias, al entender que se había otorgado a dicha garantía constitucional una extensión impropia que desvirtuaba la finalidad y alcance de las normas que la consagran. De esta manera y luego de un análisis pormenorizado de cada uno de los votos que conformaron la mayoría, cuestionó la

afirmación de que, en el caso, el juicio de reenvío implicaría un *bis in idem* prohibido, en atención a que las reglas establecidas a partir del precedente “Mattei” (Fallos: 272:188) no eran aplicables al supuesto en e] que la naturaleza de los vicios atribuidos a la sentencia no firme, no imputables al Ministerio Público Fiscal, impedían considerar superadas las cuatro etapas esenciales del proceso de modo tal que pudieran operar los principios de preclusión y progresividad.

En este sentido, dirigió sus objeciones contra la interpretación y alcance que se asignó a la garantía constitucional del debido proceso e intentó demostrar que se incurrió en un apartamiento inequívoco de las disposiciones legales aplicables, en especial de las que establecen las facultades y funciones de control que, por medio del recurso de casación, ejerce el Ministerio Público Fiscal para evitar que se confirmen sentencias absolutorias arbitrarias que afectan la legalidad, cuya defensa debe proteger por mandato constitucional (artículo 120 de la Constitución nacional, ley 24.946 y artículos 456 y 458 del Código Procesal Penal de la Nación).

– III –

Cabe recordar que la doctrina invocada por el apelante tiende a resguardar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias comprobadas de la causa (Fallos: 311:948, 316:2718; 319:103; 321:1909 y 328:4580, entre otros).

También creo oportuno recordar que la Corte ha considerado que todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por el artículo 18 de la Constitución nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución, puesto que ella garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento –civil o criminal– de que se trate (Fallos: 331:2077 y sus citas).

En este sentido, soy de la opinión que el recurso debe prosperar por la deficiente fundamentación que presenta la decisión, en tanto no

se ajusta a la doctrina de V.E. acerca del alcance que cabe atribuir al principio constitucional de *ne bis in idem*, lo que configura causal de arbitrariedad (cf. doctrina de Fallos: 318:2060 y sus citas).

En efecto, estimo que la afirmación por parte del *a quo* de que la prohibición de la múltiple persecución penal por un mismo hecho impide, a partir del recurso acusatorio, la revisión de una absolución y la consecuente realización de un nuevo juicio, no ha atendido al criterio del Tribunal en cuanto descarta la violación a tal precepto constitucional cuando la decisión de retrotraer el proceso obedeció a la existencia de vicios esenciales (Fallos: 312:597, citado precisamente en uno de los votos que conformaron la mayoría, y 326:1149), tal como ocurre en el *sub judice* en el que se cuestionó aquel pronunciamiento por deficiencias en su fundamentación originadas en el contradictorio análisis del tribunal de juicio sobre el mérito y la oportunidad asignados a la prueba solicitada por el acusador público.

Al respecto, ha establecido V.E. que “el proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o de condena y por ello, cada una de estas fases constituye el presupuesto necesario de la que le subsigue, en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden”.

“Dentro de este itinerario, el respeto a la garantía de debido proceso, invocable tanto por la persona que se encuentra sometida a juicio como por los demás actores del proceso (Fallos: 306:2101, considerando 15) consiste en la correcta observancia de estas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia”.

“Y es aquí donde estos principios encuentran su límite: es axiomático que los actos procesales precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, salvo supuestos de nulidad” (Fallos: 326:1149, acápite III del dictamen de esta Procuración General, a cuyos fundamentos y conclusiones remitió el voto de la mayoría del Tribunal, y sus citas, en especial, del precedente “Mattei”; en el mismo sentido, Fallos: 305:1701).

De esta manera y dado que una sentencia anulada, según el régimen descripto, carece de efectos, mal puede afirmarse que existan dos fallos que juzguen el mismo hecho pues, como ha establecido V.E.,

en estos casos, hay sólo uno que puede considerarse válido (Fallos: 312:597 y 326:1149).

Con tales antecedentes, y de acuerdo con la interpretación expuesta por el Tribunal en “Verbeke”, ya mencionado, es posible afirmar que en los fallos “Mattei” y “Polar” (Fallos: 321:2826) citados por el *a quo* en sustento de su decisión, la Corte ha vedado la renovación de actos del proceso sólo “cuando la declaración de nulidad no se encuentra dirigida a evitar la restricción de garantías esenciales de la defensa en juicio o algún otro derecho (Fallos: 323:929), lo que constituye la esencia y finalidad del instituto de la nulidad procesal” (*loc. cit.*), tal como sucedió en esos casos en los que la impugnación del debate y la realización del nuevo juicio, se habían basado, en el primero de esos fallos, en la insuficiencia de las pruebas logradas en la instrucción por parte del fiscal, y en el segundo, en la incompetencia del tribunal.

En ese sentido, se ha establecido con referencia a la aptitud de los precedentes que siguieron a “Mattei”, en los que se negó la anulación y consiguiente reedición de diferentes actos del proceso (Fallos: 298:50 y 312: 300:226 y 1102; 305:913; y 306:1705, entre otros), que “estaba circunscripta a aquellas hipótesis en que, habiendo sido observadas las formas sustanciales del juicio, se decretó la invalidación de las actuaciones sobre la base de consideraciones rituales insuficientes, lo que equivaldría a transformar la actividad jurisdiccional en un conjunto de solemnidades desprovistas de su sentido director cual es la realización de la justicia. En cambio, esos mismos precedentes no podían regir los supuestos en que las nulidades dispuestas respondieran a la inobservancia de las formas sustanciales del juicio” (Fallos: 312:2434, considerando 4º, con cita de Fallos: 305:1701, considerando 5º).

De tal manera, la retrogradación no está constitucionalmente prohibida cuando se orienta a reeditar actos afectados por vicios que comprometen las garantías del debido proceso legal y la defensa en juicio, pero sí lo está, en principio, cuando su objetivo es cubrir meras deficiencias probatorias o de preceptos adjetivos; en otras palabras, defectos cuya naturaleza no altera la sustanciación del debate en la forma que asegura el artículo 18 de la carta fundamental.

Sobre esa base, y considerando que tanto la resolución desincriminatoria como la que se pronunció respecto de la instrucción suplementaria solicitada por el fiscal –que fue considerada por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal como su antecedente nece-

sario— ostentaban vicios que las descalificaban como tales (detallados a fs. 4000/4012) soy de la opinión que no pudieron resultar amparadas por los principios de preclusión y progresividad, de modo que resulte prohibida su reedición como consecuencia del recurso del acusador, tal como sostiene el *a quo*. Por el contrario, ése es precisamente el sentido del instituto de la nulidad, previsto en todos los códigos procesales, que persigue la nueva realización de los actos viciados, pero ya bajo las formas legales, actividad que no puede, en estos términos, considerarse violatoria de la garantía que impide el *bis in idem*.

En este sentido, resulta fundamental analizar que, a diferencia del caso “Mattei”, la naturaleza de los defectos señalados en el *sub lite* impide afirmar que se hubiera desarrollado un juicio en los términos asegurados constitucionalmente, en particular en lo que se refiere a las etapas de prueba y sentencia, y aleja al caso de la protección constitucional que se invoca. Considero que ello es así pues, mientras en dicho precedente los supuestos vicios se relacionaban con deficiencias probatorias, lo que aquí se cuestiona es la arbitraria fundamentación de diferentes decisiones del tribunal de juicio que, aunque vinculadas con la prueba, condujeron a la descalificación de actos esenciales del proceso.

A pesar de que esta cuestión resultaba determinante para la solución del caso, en el decisorio impugnado se desconocieron tales extremos y sólo se invocó dogmáticamente la aplicación de la garantía, sin atender al alcance que le asignó la jurisprudencia de V.E., razón por la cual considero que, en este aspecto, el fallo impugnado no satisface las condiciones de validez de las sentencias judiciales.

– IV –

En similar dirección, en el recurso extraordinario se objetó la afirmación del *a quo*, basada en el precedente “Polar” ya citado, en cuanto a que la prohibición constitucional impedía la realización de un nuevo juicio cuando el vicio proviniera de un error causado por el propio Estado (tanto fuera por la actuación del tribunal como por la del fiscal) que no pudiera ser adjudicado al imputado.

Advierto que, en este aspecto, la decisión también posee una fundamentación defectuosa que la transforma en arbitraria. Considero que ello es así pues el criterio expuesto no se ajusta a los términos del

fallo sobre el que pretende apoyarse, según el cual los principios que “obstan a la posibilidad de retrogradación del proceso, son aplicables en la medida que, además de haberse observado las formas esenciales del juicio, la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado” (*in re* “Polak”, considerando 13), ni a la jurisprudencia del Tribunal en la materia.

En efecto, como ya he expuesto, la operatividad de la prohibición requiere básicamente la comprobación del cumplimiento de las formas sustanciales del proceso que la ley establece para poder considerar los actos que lo componen como válidamente precluidos, de modo tal que sólo se pueden reeditar si se comprueban vicios u omisiones esenciales.

En este contexto, y salvo la mejor interpretación que de sus propias sentencias puede hacer V.E. la mención final que se realiza en el fallo citado respecto de la conducta procesal del acusado está vinculada a que, en tanto el principio *ne bis in idem* ha sido consagrado fundamentalmente en su favor, no podría oponerse por quien ha causado el defecto, pues así podría aprovecharse de su propio error. En tal sentido, se ha establecido que no es posible invocar la violación de garantías constitucionales cuando el perjuicio sufrido deriva, precisamente, del propio proceder (Fallos: 310:884; 315:369 y 317:655, entre otros).

Lo hasta aquí reseñado, permite concluir que tales reglas no autorizan a fundar la procedencia de la garantía a partir de la mera verificación de que tales defectos no son responsabilidad de la defensa, tal como sostiene el vocal preopinante por la mayoría en cuanto a que la protección constitucional impide que el imputado sea obligado a soportar un nuevo riesgo procesal que ya había superado “cualquiera fuera la naturaleza de los errores que el Estado hubiera cometido en su intento anterior de provocar una condena” (fs. 4479 vta., con cita de la disidencia del doctor Petracchi en Fallos: 323:929).

Por el contrario, la doctrina del Tribunal que hasta aquí se ha analizado refuerza la idea de que la naturaleza e importancia del vicio condicionan la válida progresión de cada uno de los actos del proceso y, con ella, la extensión de la imposibilidad de su renovación. En este ámbito, la responsabilidad del Estado —en cuyo concepto el *a quo* incluye tanto la actuación del fiscal como la de los jueces— en su producción parece sólo incidir en el respectivo examen que merece la contribución del imputado en la nulidad cuyo saneamiento persigue el

reenvío, y frente al cual pretende ampararse. Por esa razón, considero que no puede ser concebida, en forma autónoma, como indicador de la transgresión de la garantía constitucional en sí.

En mi opinión ésta es la interpretación que mejor recoge la doctrina de la Corte que surge, entre otros, de Fallos: 305:1701; 312:597, 2434; 321:1173 y 323:929, en los que se privilegió la nueva realización de los actos viciados con defectos esenciales, sin que la circunstancia de no haber sido generados por la defensa haya sido considerada, en tales supuestos, un elemento descalificante para su renovación.

En este sentido, en el precedente “Polar” sobre el que el *a quo* basó su decisión, el Tribunal ha concluido en la imposibilidad de retrotraer el proceso ante la comprobación de que el vicio sobre el que se estructuró la necesidad de un nuevo debate se vinculaba al incumplimiento de normas adjetivas como son las de competencia de los magistrados, razón por la cual no impedía el válido desarrollo de cada una de las etapas del juicio que se hallaban protegidas por los principios de progresividad y preclusión.

Frente a esas condiciones, el análisis que también se realiza en el fallo sobre la actuación defectuosa del fiscal y el tribunal, sólo puede entenderse en el contexto de la valoración acerca de si la conducta procesal del imputado ha causado o no la nulidad (cf. considerandos 13 y 14) y, con ello, si puede ampararse en las reglas que proscriben la realización del nuevo proceso, en un contexto en que reitero, a diferencia del *sub lite*, se trataba de un juicio en el que se habían observado sus formas esenciales.

No escapa a esta parte que el *a quo* sustentó su decisión, en ese aspecto, en la cita que en dicho precedente se realizó de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, a partir de la cual se estableció que “si bien el imputado no tiene un derecho a la absolución cuando el reenvío del juicio se funda en errores ordinarios del procedimiento (“Lockhart v. Nelson”, 488 U.S. 33.38, 1988: “Oregon v. Kennedy”, 456 U.S., at. 685: “Tibbs v. Florida”, 457 U.S. 31, 40, 1982) ello no debe hacer perder de vista que el gobierno –en nuestro caso el fiscal– no puede manipular el primer juicio para evitar una posible absolución y mantener abierta la chance de un nuevo juicio al imputado (“Jorn”, 400 U.S. at. 484), de modo que también se ha incluido en el fundamento de la cláusula que el Estado no tiene derecho a un nuevo

juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso (“Oregon v. Kennedy”, 456 U.S. 667, 1982)” (considerando 18).

Recuérdese que en este último se analizó la posibilidad de realizar un nuevo juicio, luego de la declaración de un *mistrial*, es decir, un supuesto de nulidad del debate que, de esta forma, culmina sin veredicto, generalmente a pedido del acusado o consentida por él, y que suele dar lugar a su reedición pues se entiende que no es violatorio de la cláusula conocida como *double jeopardy* que surge de la V Enmienda de la Constitución de aquel país (“United States v. Dinitz”, 424 US 600, y “United States v. Scout”, 437 US 82, entre otros).

Cabe destacar que lo relevante de este caso estuvo dado por el hecho de que la anulación había sido propugnada por la defensa a partir de un vicio que obedecía a la inconducta del acusador. En tales condiciones, se entendió que la prohibición constitucional impide al fiscal manipular las reglas de nulidad con el objeto de evitar probables absoluciones y conducir a la defensa en forma maliciosa y deliberada (lo que no incluye su conducción negligente) a formular la impugnación y renunciar a la posibilidad de oponerse luego a la realización del nuevo juicio.

Sentado lo expuesto, soy de la opinión que la aplicación de tales principios al caso “Polar” tiende a rechazar que le sea atribuida a la defensa la nulidad de alguno de los actos del proceso y que, con ello, pierda la protección constitucional cuando, como en el caso, la retrogradación se basa en normas de orden público que se pretendieron oponer a esa parte, en tanto la actuación del fiscal (detallada en el considerando 14) hubiera implicado una manipulación de esas reglas.

En tales condiciones y aun cuando la comprobación de este extremo se orienta a descartar la participación del imputado en la nulidad lo cual, en el caso, no tiene incidencia alguna pues, como he expuesto *ut supra*, no se ha cumplido la primera condición vinculada con el debido proceso legal, considero relevante señalar que, de todos modos, el *a quo* se ha limitado a su invocación sin probar que en autos se verifiquen esas condiciones. Por el contrario, se advierte de la lectura del expediente que en reiteradas oportunidades la representante del Ministerio Público Fiscal propugnó la realización de las medidas cuestionadas (tal como se detalla a fs. 4008/4008 vta.) a fin de evitar, precisamente, la solución que ahora se impugna.

– V –

Otra de las críticas contenidas en la apelación federal se dirigió contra la interpretación y alcance que se asignó a la garantía constitucional del debido proceso que, como se dijo, también ampara a este Ministerio Público. En tal sentido, el recurrente se agravió de la exégesis irrazonable realizada por el *a quo* de las normas que establecen y regulan la función de control que ejerce el acusador público para evitar que se confirmen sentencias absolutorias arbitrarias que afectan la legalidad cuya defensa le es exigida constitucionalmente (artículo 120 de la Constitución nacional, ley 24.946 y artículos 456 y 458 del Código Procesal Penal de la Nación).

En efecto, soy de la opinión que la decisión que, aun cuando no cuestionó en sí la capacidad del acusador para impugnar, impidió la nueva realización de un juicio en el que se habían verificado vicios esenciales que impidieron por su naturaleza el desarrollo del proceso en la forma que asegura la Constitución nacional, vació de contenido la facultad otorgada a este órgano del Estado para cumplir con aquel cometido. Ello pues, en las condiciones dadas en el *sub examine*, no se entiende qué sentido tendría el ejercicio de tal derecho (reconocido por la mayoría del Tribunal en “Arce”, Fallos: 320:2145) si no es para sanear el defecto que generó la nulidad, de modo de recomponer el debido proceso legal, de acuerdo con la solución establecida en el artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación.

Lo contrario implicaría que el representante del Ministerio Público, ante una decisión judicial que se estimó carente de fundamentación, deba abstenerse de ejercer las atribuciones que la propia carta fundamental le reconoce y de acuerdo con la forma establecida en la ley ritual que reglamenta su ejercicio, lo que lo conduciría a actuar en contra de los objetivos que se le han confiado, es decir, controlar la racionalidad de ese acto de gobierno y promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses de la sociedad (artículos 1º y 120 de la Constitución nacional).

En tales condiciones, el *a quo* se ha limitado a invocar la transgresión al mandato que impide la múltiple persecución penal, sin analizarlo en relación con tales funciones y los requisitos que, con igual base constitucional, debe reunir toda decisión judicial para ser considerada tal, en especial, y como se expuso en el acápite III de este dictamen,

la de ser derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias comprobadas de la causa.

Por las razones dadas, la regla adoptada por el *a quo* que establece un supuesto de *ne bis in idem* que impide el reenvío contenido en el artículo 451 del Código Procesal Penal de la Nación cuando el defecto que generó la absolución fuera consecuencia de un error del Estado, se aparta del “principio primario de sujeción de los jueces a la ley, con arreglo al cual no deben sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia, en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad” (Fallos: 329:4688, considerando 6º, y sus citas).

Por otro lado, debe también advertirse, tal como lo hace el Fiscal General, que el *a quo* ha omitido examinar tales reglas dentro del marco de operatividad de la garantía que prohíbe el *bis in idem* a partir de la firmeza de la decisión. Al respecto, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.4) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.7) establecen la protección cuando la persona ha sido absuelta por una sentencia firme, extremo que no se ha configurado en el *sub examine* pues, precisamente, la fase recursiva aún se hallaba abierta tanto para el fiscal como para la querrela en defensa de sus intereses.

En similar sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la expresión “sentencia firme” del artículo 8.4 de la Convención Americana no debe entenderse en un sentido restrictivo, es decir, “limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados”, sino como “aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada” (caso 11.006, Informe N° 1/95 sobre Perú, del 7 de febrero de 1995, acápite V.B.3).

En tales condiciones, la afirmación que surge del voto del vocal preopinante por la mayoría en cuanto a que “la convalidación de la sentencia absolutoria como consecuencia del recurso fiscal implicaría para el imputado un nuevo riesgo procesal que ya había superado válidamente con éxito” (fs. 4479 vta.) ha desatendido el valor que cabe otorgar a la facultad de recurrir del acusador público, así como la influencia que el reconocimiento de esa función por las normas procesales traería aparejado respecto de las garantías ya mencionadas.

– VI –

Por todo lo expuesto, considero que la sentencia debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido, pues se sustenta en afirmaciones dogmáticas y en fundamentos aparentes, todo ello con grave menoscabo de los derechos constitucionales invocados, que no se muestra como una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias comprobadas en la causa, motivo por el cual resulta viable su impugnación con base en la alegada doctrina de la arbitrariedad.

Finalmente, creo conveniente señalar que, en tales condiciones, la convalidación de una sentencia arbitraria absolutoria “es más grave aún si se tiene en cuenta que esa anomalía, en las particulares circunstancias del caso, evidencia la omisión del ejercicio de facultades propias del tribunal concernientes a la mejor averiguación de los hechos que se reconocen de interés para la apreciación de la responsabilidad del imputado (Fallos: 314:1447); sin perjuicio de recordar la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, la cual reconoce raíz constitucional” (Fallos: 321:1385, considerando 8°).

Por ello, y los demás fundamentos expuestos por el Fiscal General, mantengo el recurso extraordinario interpuesto a fs. 4487/4503. Buenos Aires, 17 de febrero de 2010. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Kang, Yoong Soo s/ rec. extraordinario”.

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, al tomar intervención en la presente causa a raíz de lo resuelto por esta Corte a fs. 4428/4429, hizo lugar al agravio relativo al *non bis in ídem* oportunamente introducido por la defensa. Ello motivó el recurso extraordinario del Fiscal ante dicha cámara, que fue concedido a fs. 4524/4525.

2º) Que la decisión recurrida rechazó “toda posibilidad de retrogradación de los procedimientos por vía del recurso articulado por la acusación contra la sentencia absolutoria que obedeció exclusivamente a errores del Estado”, en virtud de la preclusión operada a favor del imputado.

3º) Que en sustento de dicha posición fueron invocados precedentes de esta Corte que tienen su fundamento no sólo en el principio que veda la múltiple persecución penal sino, además, en el derecho que asiste a todo imputado a liberarse del estado de sospecha que comporta el enjuiciamiento penal, dentro de un plazo razonable.

4º) Que en su recurso, el Ministerio Público se ha limitado a expresar su discrepancia con la interpretación de la garantía del *non bis idem* postulada por el *a quo*, extendiéndose en consideraciones relativas a las facultades y función de los recursos interpuestos por el fiscal, pero sin refutar el argumento central del fallo, referido a la inadmisibilidad de que los errores procesales producidos en el caso recaigan sobre el imputado que no los produjo. Asimismo, nada dijo en cuanto a cómo sería posible compatibilizar la solución del reenvío reclamada con el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razonable. Este último aspecto resultaba en el *sub lite* de particular significación, en tanto el recurrente pretende que se lleve a cabo un nuevo juicio por hechos de contrabando que datan de 1995 y 1996, por los que el imputado se encuentra procesado desde el 17 de marzo de 1998 y respecto de los cuales ya en el juicio anterior la fiscalía había considerado necesaria la realización de una instrucción suplementaria. En tales condiciones, el recurso intentado carece de fundamentación suficiente.

5º) Que sin perjuicio de lo precedentemente expuesto cabe señalar que la cuestión debatida en la presente resulta sustancialmente idéntica a la tratada en los autos “Sandoval, David Andrés” (Fallos: 333:1687), a cuyas consideraciones corresponde remitir en lo pertinente.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se desestima el recurso extraordinario. Hágase saber y devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el recurso interpuesto no satisface el requisito del art. 15 de la ley 48, en cuanto carece de fundamentación suficiente.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara mal concedido el recurso extraordinario. Hágase saber y devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo rechaza. Notifíquese y devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que esta Corte comparte, en lo pertinente, los argumentos vertidos por el señor Procurador General de la Nación en su dictamen, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Devuélvase al tribunal de origen con el fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y cúmplase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **el Fiscal General ante la Cámara de Casación Pedro Narvaiz.**

Traslado contestado por **Miguel Angel Sarraibayrouse Bargalló, defensor de Yong Soo Kang.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal (Sala I).**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Luis.**

MATWIJISZYN, MARTIN DAMIAN c/ SINTELAR S.A. Y OTRA s/ DESPIDO

CONTRATO DE TRABAJO.

Cabe dejar revocar por arbitrariedad la sentencia que rechazó la acción fundada en el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo contra una empresa de telecomunicaciones, fundándose en que los trabajos prestados por la empleadora del actor para dicha empresa estaban comprendidos en el régimen especial de la industria de la construcción (ley 22.259), pues el *a quo* resolvió una cuestión de índole fáctica y probatoria sin atender a los trabajos efectivamente desarrollados —materia expresamente sometida a la alza por el actor al postular que la actividad principal de la empleadora se hallaba vinculada a las telecomunicaciones y no a la construcción—, además de fundarse en una lectura parcial del estatuto social de la empleadora.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

— I —

Los jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en lo que interesa, tras encuadrar el supuesto en el Régimen

Legal de Trabajo de la Industria de la Construcción (ley n° 22.250), admitieron el reclamo de días laborados en el mes de febrero de 2001 y rechazaron la extensión solidaria de la condena a Telefónica de Argentina S.A. con sostén en que tal responsabilidad se fundó al demandar en el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (n° 20.744 y sus modificatorias) y no en el artículo 32 de aquél estatuto especial, desestimando los restantes rubros requeridos por el actor (fs. 148/51 y 189/93),

Contra tal resolución la actora interpuso el recurso extraordinario (cfr. fs. 197/214), que fue contestado (fs. 216/220) y cuya denegación (fs. 224/225) motivó la presentación directa en examen (fs. 54/72 del cuaderno respectivo).

– II –

Con apoyo en la doctrina sobre sentencias arbitrarias la quejosa arguye que la decisión de la Alzada desconoce las reglas del debido proceso no se funda en el derecho vigente, no contiene una exposición suficiente de las razones que le dan sustento y, por lo tanto, no constituye una derivación razonada de la normativa aplicable. Alega que la empleadora –Sintelar S.A.– no se dedicaba a la industria de la construcción ni tenía por meta ejecutar obras de ingeniería o arquitectura, ni realizar excavaciones o construcciones, según dispone el artículo 1° de la ley n° 22.250, y que su objeto social era la realización de trabajos y equipamientos relacionados con los sistemas y redes de telecomunicaciones y eléctricas. Suma a ello que el actor no era un dependiente de la construcción, ni sus trabajos pudieron encuadrarse en ese estatuto, y el hecho de la inscripción de la firma en el registro respectivo constituye un típico caso de fraude laboral y previsional, enderezado a eludir las obligaciones de la Ley de Contrato de Trabajo. Desde tal perspectiva, plantea que la arbitrariedad del fallo se manifiesta en el apartamiento inequívoco de las constancias de la causa y de la solución prevista para el caso, al soslayar los artículos 29 a 31 y 245 de la LCT y abundante doctrina y jurisprudencia –incluso plenaria– que la parte introdujo oportunamente y no fue considerada en el pronunciamiento. Invoca las garantías –entre otros– de los artículos 14 bis, 17 y 18 de la Constitución Nacional (fs. 197/214).

– III –

En primer orden, corresponde señalar que los agravios remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal y común,

ajenas –como regla y por su naturaleza– a la instancia del artículo 14 de la ley n° 48. No obstante, V.E. también tiene sentado que ello no resulta óbice para abrir el remedio cuando se ha omitido conferir un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a los términos en que fue planteada, al derecho aplicable y la prueba rendida. En tales condiciones, el pronunciamiento no configura un acto judicial válido (doctrina de Fallos: 311:1656, 2547; 317:768, entre otros).

En efecto, el actor alegó en su demanda que ingresó a trabajar para su empleador –Sintelar S.A.– como oficial empalmador, función “Star-tel”, y que en fraude laboral se lo sometió al régimen del Estatuto de la Construcción (ley n° 22.250). Preciso que trabajó en la instalación de teléfonos semipúblicos, líneas digitales y equipos y sistemas de seguridad para las centrales de la co-demandada Telefónica de Argentina S.A. (T.A.S.A.), en donde debía portar una credencial con el logo de ésta y la leyenda: “contratista al servicio de Telefónica”. Destacó que todo el material provisto, con el que trabajaba, era de propiedad de esa última; como por ejemplo: teléfonos, cables de bajada, instalación y energía, fibra óptica, escaleras, portacables, equipos, etc. (v. fs. 13/18).

El juez de primera instancia tuvo por acreditado, con las pruebas instrumental, testimonial y contable, que la empleadora del actor –rebelde en los términos del artículo 71 de la L.O. y en concurso preventivo (v. fs. 24, 45 y 46)– era contratista de T.A.S.A. y que su actividad principal se relacionaba con trabajos y equipamientos de telefonía (cfr. fs. 149/151), sin perjuicio de lo cual, basada en el artículo 1° de la ley n° 22.250 y CCT n° 76/75, terminó concluyendo que el tendido de líneas telefónicas se enmarca en el ámbito genérico de la industria de la construcción (v. fs. 150).

Tal decisión dio origen a los agravios de la actora ante la Alzada (cfr. fs. 155/164), la cual omitió, en estricto, explicitar sobre qué bases entendió que Sintelar S.A. era una empleadora de la construcción que ejecutaba obras de ingeniería o arquitectura porque realizaba “...montajes o instalación de partes ya fabricadas o de vía y obras...” (cfse. fs. 190, párrafo 2°), pues el planteo de la impugnante se apoyó en que su actividad principal se hallaba vinculada a las telecomunicaciones. Ello, a su vez, fue respaldado con el material probatorio que corrobora –*prima facie*– los hechos alegados en la demanda, y si bien la Sala tuvo en cuenta que de las constancias del caso se desprenden actividades vinculadas con la telefonía (fs. 189/190, ítem II), las entendió

propias de la construcción sin dar razones serias y concluyentes para ello, allende la presunción derivada de la inscripción de Sintelar S.A. en el registro respectivo.

Por otra parte, cuando la Cámara examinó el objeto social de la contratista (Sintelar S.A.), dirigido centralmente a “la realización de trabajos y equipamientos relacionados con sistemas y redes de telecomunicaciones y eléctricas” (v. fs. 189), extrajo de su estatuto la expresión “obra civil” como determinante para concluir que su actividad era la de la construcción (v. fs. 189, punto II, párrafo 2°).

Sin perjuicio de que V.E. tiene reiterado que el artículo 30 de la ley n° 20.744 no se refiere al objeto ni a la capacidad societaria sino a la actividad real propia del establecimiento (cfr. Fallos: 316:713), cabe señalar que en la descripción realizada por el perito contador se puntualizaron diversas actividades vinculadas con la telefonía (v. fs. 91vta./92vta.), lo que se desprende igualmente de las numerosas testimoniales (cfse. fs. 95/96, 97, 98/99, 100/101; 102/103, etc.), dándose cuenta de que las tareas cumplidas exclusivamente para Telefónica, en las centrales de la empresa, no se reducían al tendido de líneas sino que fueron variadas y vinculadas siempre a las telecomunicaciones y no a la construcción (cfr. fs. 157 vta., *in fine*).

En consecuencia, opino que cabe invalidar lo decidido porque el fallo realiza una inaceptable valoración de constancias relevantes para la correcta solución del litigio, que impiden considerar al pronunciamiento como derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, de acuerdo con la conocida doctrina en materia de arbitrariedad de sentencias (v. Fallos: 301:108, 865; 307:933, 1735, entre muchos otros).

Lo expuesto no implica abrir un juicio sobre la solución que, en definitiva, proceda adoptar sobre el fondo del asunto, extremo que, por otro lado, es potestad exclusiva de las instancias competentes en tales materias, ajenas a la vía del artículo 14 de la ley n° 48.

– IV –

Por todo lo dicho, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, dejar sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado y restituir las actuaciones al órgano de origen para

que, por quien proceda, se dicte un nuevo tallo con arreglo a lo expuesto. Buenos Aires, 22 de octubre de 2007. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Matwijiszyn, Martín Damián c/Sintelar S.A. y otra s/ despido”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo rechazó la acción fundada en el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo contra Telefónica de Argentina. Para así decidir, sostuvo que los trabajos prestados por la empleadora del actor (Sintelar S.A.) para la citada empresa estaban comprendidos en el régimen especial de la industria de la construcción (ley 22.250). Se apoyó, a este fin, en el estatuto de Sintelar S.A. en el que se preveía como parte de su objeto social la realización de “obra civil”, y en las declaraciones testimoniales de las que extrajo que el actor efectuaba el tendido de cables, instalaciones y montaje de centrales telefónicas, labores que, a su juicio, conducían a incluir la actividad empresarial en el “montaje o instalación de partes ya fabricadas o de vía y obras” contemplado en el art. 1 de la ley 22.250. Luego, desestimó la solidaridad de Telefónica de Argentina S.A., con cita del principio de congruencia (art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por no haber sido fundada la pretensión en la regla pertinente de la ley 22.250 (art. 32).

2º) Que la actora interpuso recurso extraordinario cuya denegación motiva la presente queja. Alega que el fallo de la cámara es dogmático e incongruente, pues eludió el tratamiento de planteos conducentes y desatendió circunstancias fácticas y elementos probatorios decisivos para la suerte del litigio.

3º) Que asiste razón al recurrente en materia de arbitrariedad toda vez que dicho fallo carece de los requisitos mínimos de fundamentación exigidos para que constituya un acto judicial válido. Esto es así

por tres razones. En primer lugar, el *a quo* resolvió una cuestión de índole fáctica y probatoria sin atender a los trabajos efectivamente desarrollados por Sintelar S.A. a favor de Telefónica de Argentina S.A., materia expresamente sometida a la alzada por el actor al postular que la actividad principal de la empleadora se hallaba vinculada a las telecomunicaciones y no a la construcción. En segundo término, tampoco se hizo cargo de los agravios de la actora que, con base en la situación procesal de la empleadora y en las constancias probatorias, adujo haber demostrado que las tareas que hacía no se reducían al tendido de líneas telefónicas sino que fueron variadas y vinculadas siempre a las telecomunicaciones. Tal planteo no podía ser preterido por el *a quo* a la luz del marco normativo escogido ya que la inclusión de una relación laboral dentro del ámbito de la ley 22.250, expresamente, requiere la concreta consideración de la actividad empresarial, de la totalidad de las tareas prestadas por el dependiente, del lugar físico en el que éstas se desarrollaron y de la categoría laboral que le correspondía (arts. 1 y 2). Por último, la decisión se fundó en una lectura parcial del estatuto social de Sintelar S.A. que sólo contempló la inclusión del término “obra civil” dentro del objeto social y no en el conjunto de actividades en él previstas.

Luego, la omisión de tratamiento de planteos *prima facie* conducentes para la solución del pleito, así como la valoración parcial de los elementos de juicio colectados, tornan descalificable la sentencia apelada con arreglo a reiterada doctrina de esta Corte que por lo conocida se torna innecesario reiterar, sin que ello importe abrir juicio sobre la solución que en definitiva corresponda adoptar. Lo resuelto torna abstracto el tratamiento de los restantes agravios.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados, con costas (art. 68 del código citado). Hágase saber, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Martín Damián Matwijiszyn**, representado por el **doctor Arnaldo Schejter**, con el patrocinio letrado del **doctor Héctor Recalde**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 63.**

SEVEL ARGENTINA S.A. c/ ESTADO NACIONAL (DIRECCION GENERAL
IMPOSITIVA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

CREDITO FISCAL.

Cabe revocar la sentencia que en el marco de una demanda enderezada a obtener el reconocimiento de créditos fiscales según el régimen establecido por los arts. 31 a 33 de la ley 24.073, admitió el quebranto impositivo correspondiente al período fiscal 1985 proveniente del ajuste de valuación de bienes de cambio originado en la adquisición de un edificio, pues conforme al precedente “Sevel Respuestos S.A.” (Fallos: 324:4016), en dicho régimen la carga de probar la existencia y cuantía de los quebrantos que dan lugar al crédito fiscal pesa sobre quien pretende el reconocimiento de dicho crédito.

CREDITO FISCAL.

Cabe revocar la sentencia que —en el marco de una demanda enderezada a obtener el reconocimiento de créditos fiscales según el régimen establecido por los arts. 31 a 33 de la ley 24.073—, admitió el quebranto impositivo correspondiente al período fiscal 1985 proveniente del ajuste de valuación de bienes de cambio originado en la adquisición de un edificio, pues dada la importancia económica de la operación y la magnitud del crédito cuyo reconocimiento solicitó la actora, el criterio seguido por el organismo recaudador, en cuanto exigió la presentación de los elementos de juicio que justificasen y explicasen plena y circunstanciadamente el ajuste del valor contable de los bienes de cambio “así como el posterior rechazo ante la ausencia de tales elementos” lejos de resultar arbitrario, importó un razonable ejercicio de las funciones que le son propias.

COSTAS.

Los agravios relativos a la imposición de costas a la demandada por el crédito fiscal reconocido, no pueden prosperar, en tanto el recurrente no logra refutar el juicio del *a quo* en cuanto califica a dicha resolución como un “reconocimiento tardío” del derecho invocado por la actora, en el importe que surge de dicho acto, y dado que el organismo recaudador dictó la mencionada resolución casi nueve

meses después del pedido de pronto despacho y cuando ya estaba en conocimiento de la presentación de la demanda que dio comienzo a los autos, resulta razonable concluir que la actora se vio forzada a promover el juicio para lograr el reconocimiento de su derecho y que, por lo tanto, las costas, en el aspecto considerado, deben ser cargadas a la demandada.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Sevel Argentina S.A. c/ Estado Nacional (Dirección General Impositiva) s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el marco de una demanda enderezada a obtener el reconocimiento de créditos fiscales según el régimen establecido por los arts. 31 a 33 de la ley 24.073 –en lo que interesa– admitió el quebranto impositivo correspondiente al período fiscal 1985 proveniente del ajuste de valuación de bienes de cambio originado en la adquisición del edificio “Prourban”, y distribuyó las costas de ambas instancias de acuerdo con los respectivos vencimientos, sin perjuicio de señalar que la AFIP debía cargar con las relativas a los conceptos por los cuales dicho organismo admitió la pretensión de la actora mediante la resolución 95/95.

2º) Que para así resolver consideró, con referencia al quebranto del ejercicio 1985, proveniente del ajuste de valuación de bienes de cambio originado en la adquisición del mencionado edificio –que la actora había determinado en \$ 2.291,28 pero que la sentencia de la anterior instancia había admitido, sobre la base de la opinión del perito contador en \$ 2.100,85–, que los argumentos desarrollados por el ente fiscal carecían de peso como para dejar de lado las conclusiones del peritaje contable, que habían sido aceptadas por la magistrada de grado.

Sin embargo, en este aspecto, el tribunal de alzada modificó lo resuelto por dicha magistrada, en cuanto ésta había dispuesto que el trámite de reconocimiento de ese crédito fiscal debía proseguir en sede administrativa. Al respecto, señaló que la remisión de las actuaciones

al organismo recaudador provocaba un dispendio injustificable en el marco de una cuestión que ya estaba radicada en sede judicial.

En lo atinente a la imposición de las costas, el tribunal *a quo*, entendió que la promoción de la demanda estuvo justificada por el silencio que había guardado el organismo recaudador, y consideró que éste, mediante la resolución 95/95, había efectuado un tardío reconocimiento parcial del quebranto pretendido por la actora, por lo que debía cargar con las costas de dicho reconocimiento.

3º) Que contra tal sentencia, la Administración Federal de Ingresos Públicos interpuso el recurso ordinario de apelación que fue concedido a fs. 961, y que resulta formalmente procedente, toda vez que se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte y, el monto disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte. El memorial de agravios obra a fs. 965/979 vta. y su contestación por la actora a fs. 983/994 vta.

4º) Que el organismo fiscal cuestiona que el pronunciamiento apelado califique a la resolución 95/95 como un reconocimiento tardío del crédito fiscal, por el importe allí indicado, y en consecuencia le imponga las costas por ese reconocimiento parcial. Expresa que su parte no dio motivos para la promoción del juicio ya que se limitó a cumplir con la normativa vigente a los efectos del reconocimiento del crédito fiscal y que no fue vencida en el pleito. Concluye que no existió en consecuencia el hecho objetivo de la derrota que justifique la imposición de las costas y señala que la demanda del actor no fue necesaria para obtener el reconocimiento de su derecho. Aclara que el dictado de la resolución y su notificación se produjeron antes del plazo para contestar la demanda y que no existió morosidad en el dictado de la resolución.

Por otra parte, se agravia de que el tribunal *a quo* haya admitido parcialmente la demanda en lo relativo al quebranto correspondiente al ejercicio 1985, que no había sido conformado por la DGI al rechazar la inclusión del valor histórico de \$ 2.291,28 como ajuste de valuación de bienes de cambio originado en la adquisición del edificio "Prourban".

Al respecto aduce, en síntesis y entre otros argumentos, que la cámara otorgó al informe pericial contable un alcance probatorio de la existencia del ajuste en cuestión violatorio del régimen establecido por

la ley 24.073 para acreditar la existencia y cuantía de los quebrantos impositivos, y que lo resuelto implica también un apartamiento de la ley 11.683 en cuanto prescribe que las registraciones contables deberán estar respaldadas por los respectivos comprobantes de la operatoria comercial realizada. Señala que todas estas objeciones constan en los antecedentes administrativos de la causa, en la resolución 95/95, y fueron expuestas al contestar la demanda, al alegar y en la expresión de agravios.

Asimismo solicita que por haberse realizado a “Sevel Repuestos S.A.” las mismas observaciones que en el caso se formularon a “Sevel Argentina S.A.”, estos autos deben resolverse en el mismo sentido que la causa “Sevel Repuestos S.A.” (Fallos: 324:4016).

5º) Que en lo referente al ajuste de valuación de bienes de cambio originado en la adquisición del edificio “Prouurban”, el organismo recaudador formuló diversos reparos a la posición sostenida por la actora en el curso del procedimiento administrativo. Por una parte, señaló la contradicción resultante de la circunstancia de que la peticionaria informó, en el anexo del formulario 492, con respecto a la exclusión a los efectos impositivos, de ciertos rubros del valor contable del mencionado inmueble, que se trata de gastos financieros activados con anterioridad a la compra del fondo de comercio —que tuvo lugar el 1º de agosto de 1984— es decir, activados por Prouurban S.A.; mientras que posteriormente, al contestar un requerimiento, expresó que eran gastos financieros activados por Sevel Argentina S.A. con anterioridad al cierre del ejercicio finalizado el 31 de julio de 1985 (cfr. fs. 4758 de las actuaciones administrativas y 102 de autos). Por la otra, puntualizó —entre otras circunstancias— que, pese a reiteradas solicitudes, la peticionaria no aportó la registración contable de la que surgiese que el revalúo contable del inmueble formara parte del estado de resultados del ejercicio fiscal 1985; que no coincide lo manifestado por aquélla en cuanto al importe determinado por la diferencia entre el valor al inicio y al final con el revalúo informado en anteriores presentaciones; que el contribuyente manifestó que el revalúo contable fue incluido en el costo de ventas del estado de resultados relativo al balance histórico al 31 de julio de 1985, pero no presentó la apertura en cuentas de dicho rubro que le fue requerida y que tampoco presentó los papeles de trabajo correspondientes a la determinación del valor impositivo del inmueble por los períodos fiscales 1984 y 1985 ni indicó el criterio de valuación de las altas del

último de tales ejercicios como le había sido requerido. Sobre esa base concluyó en que correspondía reintegrar al balance impositivo del ejercicio fiscal la suma de \$ 2.291,28 que fue consignada como “ajuste de valuación bienes de cambio”. Al respecto destacó que la peticionaria no justificó que aquélla integrase el cuadro de resultados del ejercicio, lo cual impide determinar su incidencia en él (conf. resolución 95/95, obrante a fs. 447/469).

6°) Que en tales condiciones, y teniendo en cuenta –como lo ha puntualizado el Tribunal en la ya citada causa “Sevel Repuestos S.A.” (Fallos: 324:4016)– que en el régimen instituido por los arts. 31 a 33 de la ley 24.073 la carga de probar la existencia y cuantía de los quebrantos que dan lugar al crédito fiscal pesa sobre quien pretende el reconocimiento de dicho crédito (considerando 7° del mencionado precedente), resulta inaceptable la conclusión a la que llegó el *a quo* en este punto. En efecto, si bien el peritaje contable expresa que el resultado por exposición a la inflación generado por el inmueble “Prouurban”, al 31 de julio de 1985 ascendió a \$ 2.100,85 y fue imputado como ganancia en el estado de resultados contables, dicho dictamen dista de dar respuesta a las diversas razones que tuvo en cuenta el ente fiscal para rechazar el quebranto. Por lo demás, dada la importancia económica de la operación y la magnitud del crédito cuyo reconocimiento solicitó la actora, el criterio seguido por el organismo recaudador, en cuanto exigió la presentación de los elementos de juicio que justificasen y explicasen plena y circunstanciadamente el ajuste del valor contable de los bienes de cambio –así como el posterior rechazo ante la ausencia de tales elementos– lejos de resultar arbitrario, importó un razonable ejercicio de las funciones que le son propias.

7°) Que a mayor abundamiento, resultan aplicables al caso, en este aspecto, las conclusiones a las que llegó el Tribunal al fallar el ya citado precedente “Sevel Repuestos S.A.”, máxime si se tiene en cuenta que en ambas causas los respectivos actores pretendieron el reconocimiento de quebrantos impositivos que reconocían el mismo origen.

8°) Que no obsta a lo expuesto lo señalado por el *a quo* en cuanto –en su concepto– los argumentos del organismo recaudador fueron planteados tardíamente, pues corresponde dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo tal que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (Fallos: 327:315; 326:1395; 325:134, 2929; 324:115; entre muchos otros). En tal sentido, cabe poner de re-

lieve que de las constancias de autos surge que al alegar (fs. 728/732) la demandada manifestó que de la prueba instrumental acompañada resultaba que la negativa del reconocimiento del crédito se debió a los incumplimientos de la actora (fs. 730 vta.); asimismo señaló que el perito no tuvo en cuenta la disminución de los montos de los quebrantos que surgen de la resolución 95/95 (fs. 731); y que de la prueba pericial surgía que los estados contables no permitían obtener de una manera confiable y exacta la información requerida y que resultaba imprescindible para otorgar el crédito por los quebrantos.

Asimismo al fundar su apelación ante la cámara (fs. 911/915) el organismo recaudador mantuvo las observaciones realizadas en la resolución 95/95 y manifestó que el pronunciamiento de la anterior instancia redujo la cuestión sin mayor fundamentación apoyándose solamente en la tarea pericial contable que no alcanzaba a justificar el ajuste realizado, ni existían elementos técnicos que superasen los sólidos fundamentos de la resolución y la señalada carencia de papeles de trabajo y elementos aportados por la parte actora a efectos de la fiscalización pese a tratarse del principal ajuste y ser la base del crédito pretendido (fs. 914). En tal contexto, las razones tenidas en cuenta por el *a quo* para admitir el referido quebranto resultan claramente insuficientes.

9º) Que, por otra parte, los agravios relativos a la imposición de costas a la demandada por el crédito fiscal reconocido mediante la resolución 95/95 no pueden prosperar, en tanto el recurrente no logra refutar el juicio del *a quo* en cuanto califica a dicha resolución como un “reconocimiento tardío” del derecho invocado por la actora, en el importe que surge de dicho acto.

Al respecto cabe puntualizar que el organismo recaudador dictó la mencionada resolución casi nueve meses después del pedido de pronto despacho (cfr. fs. 364/365) y cuando ya estaba en conocimiento de la presentación de la demanda que dio comienzo a estos autos (cfr. fs. 382/383). En tales condiciones, resulta razonable concluir —como lo hizo el *a quo*— que la actora se vio forzada a promover el juicio para lograr el reconocimiento de su derecho y que, por lo tanto, las costas, en el aspecto considerado, deben ser cargadas a la demandada.

Por ello, se revoca la sentencia apelada en lo que respecta al punto tratado en los considerandos 5º a 8º, con costas a la actora en todas las

instancias en lo referente a dicha cuestión (arts. 68, primera parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); y se la confirma en cuanto al aspecto tratado en el considerando 9º, asimismo con costas al vencido en este punto. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por el **Fisco Nacional (AFIP - DGI), demandado en autos**, representado por el **Dr. Pablo Daniel Melo, en calidad de apoderado**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Alcira Souto**.

Traslado contestado por **Peugeot Citroën Argentina (antes Sevel Argentina S.A.)**, representada por el **Dr. Juan Pablo McEwan**.

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

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

SILVA TAMAYO, GUSTAVO EDUARDO c/ E.N. SINDICATURA GENERAL
DE LA NACION RESOL. 58/03 459/03 s/ EMPLEO PÚBLICO

EMPLEO PÚBLICO.

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda interpuesta con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones dictadas por el Síndico General de la Nación por las que el actor —que pertenecía a la planta permanente— fue desplazado del cargo que desempeñaba en forma transitoria en una categoría superior a la de su cargo de revista inicial y se designó a otra persona en su lugar, ya que atendiendo a la literalidad del art. 14 del Estatuto del Personal de la Sindicatura General de la Nación y de la resolución S.G.N. 30/02 no bastaría con alegar genéricamente razones operativas, de reorganización o reasignación de funcionarios, ni es correcto que la motivación de la medida no requiera que se evaluara de modo expreso y exhaustivo la idoneidad personal y profesional del interesado, ya que, por el contrario, habría que especificar cuál sería el motivo concreto por el que no es posible mantener transitoriamente al agente hasta tanto se cumpla la condición a la que se sujetó el nombramiento.

—Los jueces Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Carmen M. Argibay, en disidencia, desestimaron el recurso extraordinario por considerarlo inadmisibles (art. 280 C.P.C.C.N.)—.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 735/739, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala V) al rechazar el recurso de apelación deducido por el actor, Dr. Gustavo Eduardo Silva Tamayo, confirmó el fallo de primera instancia mediante el cual no se hizo lugar a la demanda cuyo objeto era la declaración de nulidad de las resoluciones de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) 58/03 y 59/03 y el pago de una indemnización equivalente a la mayor remuneración que hubiera percibido de haber mantenido la categoría de Secretario General.

Para así decidir, el tribunal sostuvo, en síntesis, que no había un derecho a la estabilidad en la función; que la facultad de disponer el reemplazo de un agente interino por otro forma parte del ámbito de decisiones de política administrativa; que las motivaciones de la sustitución por razones de servicio en una designación transitoria son suficientes, más aún cuando fueron idénticos los fundamentos por los cuales se lo había nombrado interinamente al actor y no sólo no los cuestionó sino que sobre su validez sostiene la petición de indemnización. En disidencia parcial, el voto en minoría reconoció –a pesar de la improcedencia de declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas– una indemnización a favor del actor.

– II –

Contra dicho pronunciamiento, el demandante dedujo el recurso extraordinario de fs. 744/762, contestado a fs. 765/778, que fue parcialmente concedido a fs. 780 por estar cuestionada la interpretación de una norma federal y denegado en lo relativo a la tacha de arbitrariedad.

Los agravios planteados contra el fallo son: a) que carece de fundamentación adecuada al prescindir de la norma aplicable –ley 24.156 y art. 14 de la resolución SGN 57/94–; b) que violenta el derecho a la carrera y las garantías de los arts. 14, 14 bis, 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional; c) que desnaturaliza el ejercicio regular de la función administrativa al justificar un actuar discrecional; d) que inaplica la ley 19.549 al desconocer los elementos reglados de un acto y la obli-

gación de estar motivado; e) que omite el tratamiento de cuestiones introducidas y conducentes para la solución del litigio.

– III –

A mi modo de ver, sin perjuicio de que el recurso extraordinario intentado fue concedido por entenderse cuestionada la interpretación de normas de carácter federal, es formalmente inadmisibile y por ello, entiendo que fue mal concedido desde el momento en que no se encuentra configurada una cuestión federal típica.

Ello es así pues, si bien los agravios vertidos en él afirman la existencia de una controversia en punto a la falta de aplicación de la ley de procedimientos administrativos y a la interpretación de normas federales, en realidad sólo traducen una mera discrepancia con las razones de hecho y prueba que fundan el fallo de la alzada, cuya evaluación es materia privativa de los jueces de la causa y, por ende, ajena, en principio, a su revisión por la vía del art. 14 de la ley 48.

En efecto, el tribunal ponderó las circunstancias de hecho y consideró reunidos los requisitos legales para determinar la inexistencia de vicios que atenten contra la regularidad y legitimidad de los actos administrativos como para provocar su nulidad, por entender que el organismo estatal había aplicado las normas pertinentes y que, en uso de las facultades discrecionales y con los argumentos suficientes, había dejado sin efecto la designación transitoria en la función superior y revertido la situación escalafonaria del actor a la suya permanente de la cual nunca se lo privó. Al no mediar declaración de ilegitimidad de los actos atacados no puede haber resarcimiento pues falta la causa de tales obligaciones (conf. Fallos: 319:1476).

Por otro lado, sobre los planteos formulados con sustento en la arbitrariedad de la sentencia, entiendo que no corresponde que V.E se pronuncie toda vez que ante la denegación del recurso en este aspecto, el apelante no dedujo queja.

– IV –

Opino, por lo tanto, que el recurso extraordinario fue mal concedido y que corresponde así declararlo. Buenos Aires, 8 de septiembre de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Silva Tamayo, Gustavo Eduardo c/ EN – Sindicatura General de la Nación – resol. 58/03 459/03 s/ empleo público”.

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –por mayoría de sus integrantes– confirmó la decisión de la instancia anterior que había rechazado la demanda interpuesta por Gustavo Eduardo Silva Tamayo, con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones 58/03, 59/03, 05/04 y 06/04 dictadas por el Síndico General de la Nación, y el cobro de la indemnización que reclama.

Mediante la primera de las resoluciones citadas, el actor –que pertenecía a la planta permanente de la Sindicatura General de la Nación– fue desplazado del cargo que desempeñaba en forma transitoria en una categoría superior a la de su cargo de revista inicial, y se designó a otra persona en su lugar, sobre la base de invocar razones operativas y la necesidad de continuar con la reasignación de funcionarios en distintas áreas del organismo demandado. Con idéntico carácter de transitoriedad, por medio de la segunda de las resoluciones citadas, se le asignó al actor la función de Asesor Legal en una categoría diez veces menor que la desempeñada hasta ese momento y, finalmente, el Síndico General le otorgó funciones propias de su categoría inicial –de rango aún inferior a la última desempeñada–, en el agrupamiento II, categoría 04 del escalafón, dentro de la Gerencia de Asuntos Jurídicos (resoluciones 05/04 y 06/04).

2º) Que para arribar a aquella decisión el *a quo* –en sustancia– ponderó que en la Sindicatura General de la Nación no funcionaba adecuadamente el sistema de promoción propio de la carrera administrativa, y que diversas normas de racionalización habían impuesto el congelamiento de las vacantes y la imposibilidad de realizar nombramientos definitivos. Tal estado de cosas, motivó sucesivas reorganizaciones internas y la reasignación de funciones que recayó sobre el personal de planta permanente, con estabilidad y determinada categoría de re-

vista, al que se le asignaron con carácter transitorio nuevas funciones o responsabilidades.

Según lo expresó, aquellos nombramientos transitorios fueron realizados con la expresa salvedad de que si la designación daba lugar al desempeño en una categoría superior el agente tendría derecho a la mayor remuneración, pero ello no implicaba una modificación de su categoría escalafonaria, y la designación tendría “carácter transitorio ‘hasta tanto se perfeccionen y sustancien los procedimientos reglados de desarrollo de la carrera administrativa’, salvedad expresamente consignada en las resoluciones 30/02 y 31/02, mediante las cuales el Síndico General nombró al actor como Secretario General del organismo” (fs. 737 vta.).

En el criterio del *a quo*, no podía aceptarse la tesis de la actora en el sentido de que si la mencionada resolución 30/02 –en consonancia con lo previsto en el art. 14 del Estatuto del Personal de la Sindicatura General de la Nación– estableció que la designación transitoria se extendería hasta tanto se llevaran a cabo los procedimientos reglados de desarrollo de la carrera administrativa, esta circunstancia operaba como una condición resolutoria del nombramiento transitorio, y a menos que existiesen causales expresamente fundadas, resultaba improcedente su desplazamiento antes de ocurrir dicha condición. La mayoría del tribunal fundó tal aseveración en que aquella clase de designación no tuvo por objeto “...atribuir al funcionario designado de modo ‘transitorio’ un derecho a permanecer en esa función por un plazo indeterminado e incierto, puesto que no hay texto legal o reglamentario que consagre tal derecho a la ‘estabilidad en la función’, sino aclarar que su desempeño en ese cargo y en esa función tendrían lugar a título provisional e inestable, es decir, sin derecho a retenerlos para sí, como si se tratara de un nombramiento definitivo”.

Sostuvo, además, que la interpretación postulada por el apelante cercenaría las atribuciones expresamente conferidas al Síndico General para reorganizar la estructura del organismo y asignar responsabilidades a sus subordinados [art. 112, incisos b) y c), de la ley 24.156].

Por último, afirmó que las razones de servicio invocadas en las resoluciones 58/03 y 59/03 para reemplazar al actor en el cargo de Secretario General por otro agente eran suficientes para motivar esa medida, pues formaba parte del ámbito de decisiones atinentes a la política

administrativa ejercidas con una razonable amplitud de criterio, y no se había afectado la estabilidad del actor en el cargo de planta permanente. Según lo expresó el *a quo*, la motivación de aquella medida no requería que se evaluara de modo expreso y exhaustivo la idoneidad personal y profesional del interesado, máxime si se utilizaron idénticos parámetros para fundar la resolución mediante la que se lo designó en el cargo transitorio del que resultó desplazado.

3°) Que contra aquel pronunciamiento el apelante interpuso el remedio federal (fs. 743/762) que fue concedido por el *a quo* por hallarse en juego la inteligencia de normas de naturaleza federal y denegado en cuanto a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (fs. 780).

4°) Que el recurso extraordinario deducido es formalmente admisible, pues se halla controvertida la interpretación de normas federales y la sentencia definitiva del superior tribunal de causa es contraria a los derechos que en aquéllas funda el apelante (art. 14, inciso 3°, de la ley 48). Asimismo, puesto que algunos de los agravios fundados en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias aparecen inescindiblemente unidos a la interpretación del derecho federal, corresponde efectuar su examen conjunto.

5°) Que el actor expuso los siguientes agravios: a) que no ha pretendido que el mero transcurso del tiempo pudiera modificar su situación de revista ni ha basado su reclamo en un derecho a la permanencia en el cargo, razón por la que los precedentes del Tribunal citados en la sentencia no son aptos para resolver el *sub examine*; b) que, contrariamente a lo afirmado por el *a quo*, la interpretación que propone del art. 14 del Estatuto del Personal de la Sindicatura General de la Nación y de la resolución 30/02, no desconoce las atribuciones conferidas al Síndico General por la ley 24.156 –art. 112, incisos b y c–, sino que concilia la letra de las normas estatutarias con las disposiciones contenidas en la ley citada, en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y en la Constitución Nacional. En su concepto, el esquema de designaciones en el organismo demandado operaba del siguiente modo: 1°) la designación se realizaba en forma transitoria; 2°) dicha transitoriedad debía extenderse hasta tanto se sustanciaran los procedimientos reglados para la cobertura de la vacante; 3°) excepcionalmente, el nombramiento se extendería hasta que el Síndico General de la Nación dicte un acto administrativo bajo el estricto cumplimiento de los recaudos contenidos en el art. 7° de la ley 19.549, en el que se exprese la causa, la motivación y la finalidad que justificarían el desplazamiento antici-

pado; c) de la mera interpretación gramatical de las normas dictadas por la demandada resulta que en esta clase de designaciones la Administración se autovinculó, pues la designación transitoria se hallaba sujeta a la condición resolutoria del perfeccionamiento de la carrera administrativa y de la sustanciación de los respectivos concursos; d) la mayoría del tribunal *a quo* no ponderó que el acto administrativo de designación contenía un elemento accesorio o accidental que debió ser respetado, en tanto la designación transitoria tenía un lapso de duración al hallarse subordinada a un acontecimiento futuro o incierto, esto es, la sustanciación de un mecanismo reglado para el desarrollo de la carrera administrativa. Según lo expresa, si la administración decidía cancelar anticipadamente su designación transitoria, debía asumir su responsabilidad y el consecuente deber de reparar el daño causado; e) contrariamente a lo afirmado en la sentencia, ponderando las circunstancias de la causa, no puede sostenerse que la sola invocación de “razones de servicio” resultaba suficiente para motivar el dictado de las resoluciones 58/03 y 59/03, puesto que aunque se admitiese el ejercicio de facultades discrecionales, éstas no eximen al órgano administrativo de cumplir los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549, ni de respetar la razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas; f) no fueron valoradas ninguna de las pruebas aportadas a la causa que revelarían la falta de causa y motivación, el objeto prohibido, y la desviación de poder de los actos administrativos cuestionados. En especial, pone énfasis, en que no se ha tenido en cuenta que con el dictado del decreto 1640/05 se ha homologado un convenio celebrado entre el organismo demandado y la representación gremial del personal, mediante el que se posibilitó la consolidación definitiva en sus cargos a la totalidad de los funcionarios –menos al actor– que se encontraban ejerciendo sus funciones en forma transitoria desde el dictado de la resolución 30/02; g) finalmente, expresa sus críticas en cuanto la sentencia ha dispuesto la imposición de las costas a su cargo.

6º) Que el artículo 14 del Estatuto del Personal de la Sindicatura General de la Nación (resolución S.G.N. 57/94) en su primitivo texto establecía:

“ARTICULO 14: El personal que en virtud de una disposición de autoridad competente, desempeñe transitoriamente funciones correspondientes a una categoría superior por un período mayor de dos meses, percibirá con retroactividad la retribución correspondiente a esta

última, mientras dure el interinato, el que no podrá ser superior a seis (6) meses”.

La redacción del artículo antes transcrito fue sustituida por la siguiente:

“ARTICULO 14: El personal que, en virtud de una resolución del Síndico General de la Nación, desempeñe transitoriamente funciones correspondientes a [una] categoría superior percibirá la retribución correspondiente a esta última. La transitoriedad de tales designaciones, sin perjuicio de las atribuciones que en la materia corresponden al Síndico General de la Nación, se extenderá hasta tanto se perfeccionen y sustancien los procedimientos reglados de desarrollo de la carrera administrativa” (resolución S.G.N. 28/02).

Según se expresó en los considerandos de esta norma, la modificación se adoptó en un contexto de racionalización del gasto público, en el que se había dispuesto el “...congelamiento de vacantes impidiendo, de ese modo, proveer a la cobertura de los cargos mediante los pertinentes mecanismos de selección”. A dicha circunstancia se añadió, que la instrumentación de diversos regímenes de retiro voluntario de los agentes públicos, produjo que los cargos de los funcionarios salientes quedaran automáticamente “congelados”, razón por la que aquéllos se debieron cubrir en forma sucesiva con agentes que no poseían, según su situación de revista, el nivel escalafonario correspondiente a la función confiada (ver considerandos de la resolución S.G.N. 28/02).

Por su parte, la resolución mediante la que el Síndico General de la Nación designó a distintos funcionarios, entre ellos, al actor en el cargo de Secretario General, en similar sentido, dispuso:

“Las designaciones efectuadas por intermedio de la presente tendrán carácter transitorio, hasta tanto se perfeccionen y sustancien los procedimientos reglados de desarrollo de la carrera administrativa” (resolución S.G.N. 30/02, artículo 3°).

7°) Que atendiendo a la literalidad del art. 14 del Estatuto del Personal de la Sindicatura General de la Nación y de la resolución S.G.N. 30/02, y puesto que los términos de una norma no son superfluos sino que cabe suponer que han sido utilizados con algún propósito (Fallos: 326:1778; 327:2423; 331:2550), asiste razón al apelante al interpretar que la Administración sujetó esta clase de nombramientos al acae-

cimiento de una condición resolutoria, o bien, como reza el texto de aquel art. 14, asumió el compromiso de que la transitoriedad de las designaciones efectuadas “*se extenderá*” hasta que se sustancien los procedimientos relativos al desarrollo de la carrera administrativa. Al propio tiempo, puesto que la Administración no podría quedar inerte si durante el transcurso de ese lapso surgieran fundadas razones para apartar a un agente de su cargo transitorio, previó la posibilidad de que el Síndico General de la Nación pudiera ejercer, en tal caso, las atribuciones que le confiere el art. 112 de la ley 24.156. Lo primero –que el nombramiento transitorio perduraría hasta que se sustancien los procedimientos reglados–, sería el principio al que debía sujetarse la Administración; lo segundo –la posibilidad de desplazar del cargo antes de ese acontecimiento si hubiese motivos fundados–, la excepción.

Frente a tal clase de previsión, no bastaría para poner fin anticipadamente a una designación, con alegar genéricamente razones operativas, de reorganización o reasignación de funcionarios, ni es correcto lo afirmado por el *a quo* en el sentido de que la motivación de aquella medida no requería que se evaluara de modo expreso y exhaustivo la idoneidad personal y profesional del interesado, puesto que, por el contrario, habría que especificar cuál sería el motivo concreto por el que no es posible mantener transitoriamente al agente hasta tanto se cumpla la condición a la que se sujetó el nombramiento. Dicha exigencia no podría ser obviada, aun cuando –como ocurre en el caso– se invocase el ejercicio de atribuciones discrecionales, pues como lo ha sostenido el Tribunal, dicho ejercicio no exime al órgano administrativo de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549; obliga a una observancia más estricta de la debida motivación (Fallos: 324:1860 y los allí citados), y no puede llevar a confundir la discrecionalidad en el actuar de la Administración con la irrazonabilidad de su proceder (ver sentencia en la causa “Schneiderman”, registrada en Fallos: 331:735).

En el caso, no puede obviarse que la designación del actor en el agrupamiento I, categoría 01, correspondía al personal que ejerce el máximo nivel del escalafón y posee responsabilidades gerenciales, de coordinación o de sindicatura de sociedades y entidades, razón por la que el órgano administrativo debió efectuar una particular ponderación de las condiciones de idoneidad al momento de su designación.

En efecto, así ha ocurrido, pues al encontrarse vacante el cargo de Secretario General de la Sindicatura General de la Nación, el Síndico

General de la Nación consideró “*pertinente designar en tal función al Dr. Gustavo Eduardo SILVA TAMAYO*” en razón de sus “*antecedentes profesionales*” (resolución S.G.N. 2/02, del 19/02/2002), y al ser nuevamente designado con carácter transitorio en el mismo cargo de Secretario General –*con la aclaración de que lo sería “hasta tanto se perfeccionen y sustancien los procedimientos reglados de desarrollo de la carrera administrativa”*–, se expresó que las reasignaciones de funcionarios respondía a un criterio que “*...atiende adecuadamente a la idoneidad, experiencia y actitud del personal, de modo de valorar adecuadamente su mérito, iniciativa, formación y rendimiento...*” (resoluciones S.G.N. 30/02 y 31/02, ambas dictadas el 30/04/2002).

En consecuencia, puesto que en la resolución S.G.N. 58/03, se ha mencionado que el desplazamiento del actor obedecía a razones operativas, y mediante un simple cliché, se adujo que el criterio de reasignación atendía “*...a la idoneidad, experiencia y actitud del personal, de modo de valorar adecuadamente su mérito, iniciativa, formación y rendimiento...*” no resultan de ese acto –ni han sido explicitadas en la causa– las razones por las que debía desplazarse a quien había sido designado transitoriamente hasta que se sustanciaran los procedimientos reglados, ni en qué habrían variado las condiciones de idoneidad tenidas en cuenta al momento de la designación o durante el desempeño del cargo. Tampoco resulta de los actos administrativos impugnados cuál sería el motivo para que el actor fuera reemplazado en su cargo –que suponía un especial grado de capacitación–, por otro funcionario, reasignándole abruptamente una categoría diez veces menor dentro del mismo agrupamiento escalafonario, para, finalmente, disponer su regreso a la situación de revista, en el agrupamiento II, categoría 04 (resoluciones S.G.N. 59/03; 05/04 y 06/04).

Es pertinente recordar que “*...si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan una potestad genérica no justificada en los actos concretos*” (Fallos: 314:625).

En suma, y como ha sido señalado por el Tribunal al fallar el caso “*Schnaiderman*” antes citado, “*...la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en*

manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (doctrina de Fallos: 307:639 y 320:2509)”.

Lo hasta aquí expresado es suficiente para concluir que las resoluciones impugnadas exhiben vicios en la causa y en la motivación que originan la nulidad del acto emitido con tales defectos (arts. 7º y 14 de la ley 19.549), y determinan la consiguiente obligación de indemnizar el daño ocasionado.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Gustavo Eduardo Silva Tamayo, actor en autos, por su propio derecho**, con el patrocinio letrado del **Dr. Fernando García Pullés**.

Traslado contestado por **la Sindicatura General de la Nación, demandada en autos**, representada por la **Dra. Hebe Cereseto, en calidad de apoderada**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 1**.

VILLALBA, RAUL ANDRES s/ EXTRADICIÓN

EXTRADICION.

Cabe revocar la resolución que no hizo lugar a la extradición solicitada por la República del Paraguay para que el imputado sea sometido a proceso por el delito de estafa, pues el magistrado dictó la resolución de improcedencia sin haber ordenado la citación a juicio ni completado el juicio de extradición conforme a las reglas que para el proceso correccional establece el artículo 30 del código de forma aplicable, y en tales condiciones el trámite no se ajustó a derecho.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.

Vistos los autos: “Villalba, Raúl Andrés s/ extradición”.

Considerando:

1º) Que contra la resolución del juez a cargo del Juzgado Federal de Resistencia, Provincia del Chaco que no hizo lugar a la extradición de Raúl Andrés Villalba solicitada por la República del Paraguay para ser sometido a proceso por el delito de estafa (fs. 86/87), interpuso recurso de apelación ordinario el representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 90) que, concedido a fs. 91, fue mantenido y fundado en esta instancia (fs. 106/107).

2º) Que, en la cooperación internacional en materia de extradición, el artículo 30 de la ley 24.767 es suficientemente claro en cuanto consagra que finalizado el trámite administrativo y recibido el pedido de extradición en sede judicial, luego de la audiencia prevista por el artículo 27, el juez dispondrá la citación a juicio salvo que el requerido diera su consentimiento para ser extraditado (artículo 28) o si se comprobara que la persona detenida no es la requerida (artículo 29). Recién, una vez superada la etapa de juicio (artículo 30, segundo y tercer párrafos), el ordenamiento legal (artículo 32) habilita a la autoridad judicial a pronunciarse acerca de la procedencia o improcedencia del pedido de extradición.

3º) Que, sentadas estas premisas, el Tribunal advierte que el juez, al recibir los antecedentes obrantes en sede administrativa (fs. 69) se limitó a labrar un acta refiriendo que el requerido compareció “espontáneamente” y que, anoticiado del requerimiento expresó “que no prestó conformidad al pedido de extradición que formula Paraguay y que solicitó se analice la posibilidad de tramitar la causa en este país, quedando a disposición de este Tribunal para lo que se decida” (fs. 72) y, sobre esa base rechazó la solicitud en cuestión.

4º) Que, a la luz de lo así actuado, el magistrado dictó la resolución de improcedencia sin haber ordenado la citación a juicio ni completado el juicio de extradición conforme a las reglas que para el proceso correccional establece el artículo 30 del código de forma aplicable.

5º) Que en tales condiciones, toda vez que el trámite no se ajustó a derecho (confr. Fallos: 331:2363), por aplicación de lo normado en el artículo 253 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y en concordancia con lo previsto por el artículo 255 de ese mismo cuerpo normativo, el Tribunal resuelve:

Revocar la resolución de fs. 86/87 y remitir la causa al tribunal de origen para que prosiga con el trámite. Notifíquese, tómesese razón y cúmplase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por el **Dr. Gustavo A. Corregido, Fiscal Federal Subrogante.**

Traslado contestado por **el Defensor Oficial Dr. Julián Horacio Langevin.**
Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia
de Resistencia, Provincia del Chaco.**

ACORDADAS Y RESOLUCIONES

AÑO 2011

OCTUBRE-DICIEMBRE

Acordadas (*)

1. Disponer la habilitación del Juzgado Federal de Primera Instancia con asiento en la ciudad de Caleta Olivia provincia de Santa Cruz. –Nº 22–.
2. Suprimir la edición de la colección de Digestos de las acordadas 27/92 y 37/2003; modificar en lo pertinente el art. 101 del RJN. –Nº 23–.
3. Incrementar los fondos de equipamiento y gestión del Poder Judicial de la Nación y el Anticíclico. –Nº 24–.
4. Disponer la habilitación del Juzgado Federal de Primera Instancia con sientto en la ciudad de San Francisco provincia de Córdoba. –Nº 25–.
5. Unificación de la Mesa General de Entradas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mesa de entradas previsional, ujiería general, ujiería previsional y oficina de asignación de causas del Tribunal. –Nº 26–.
6. Modificaciones Estatuto de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación. –Nº 27–.
7. Crear la Biblioteca Jurídica Digital de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. –Nº 28–.
8. Rectificar el anexo II de la acordada 27/11 y suprimir el apartado b.1.6 del grupo familiar del afiliado extraordinario. –Nº 29–.
9. Crear el Comité de Relaciones Internacionales del Poder Judicial de la Nación y designar como integrantes del Comité al doctor Damian

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

- Font por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a la doctora Claudia Levín por el Consejo de la Magistratura. –N° 30–.
10. Deber de constituir domicilio electrónico para las causas judiciales que tramiten ante la CSJN –Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos en los procesos judiciales (SNE)–. –N° 31–.
 11. Declarar asueto los días 23 y 30 del corriente mes a partir de las 12 hs. feriado judicial el día 26 de diciembre de 2011 e inhábil –a los tribunales que se encuentren con feria habilitada– el día 2 de enero del año 2012. –N° 32–.
 12. Autoridades de feria enero 2012. –N° 33–.
 13. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del cinco por ciento (5%) a partir del 01 de noviembre de 2011, remunerativo y bonificable para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación y otorgar un incentivo del cinco por ciento (5%) en concepto de “Mejoras al Servicio de Justicia”, a partir del 01 de octubre de 2011, remunerativo y bonificable para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación. –N° 34–.
 14. Crear el sistema de Gestión Ambiental aplicable a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Norma de Gestión Ambiental para la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Anexo I). –N° 35–.
 15. Desde el 1° de enero de 2012 quedan derogadas todas las excepciones al art. 129 del RJN –designaciones de asistentes sociales–. –N° 36–.
 16. Disponer la liquidación y pago del incentivo del cinco por ciento (5%) en concepto de “Mejoras al Servicio de Justicia” a partir del 1° de octubre de 2011 remunerativa y bonificable para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación. –N° 37–.
 17. Disponer que a partir del 1 de febrero de 2012 la Corte Suprema de Justicia utilizará papelería en formato de hoja A4. –N° 38–.
 18. Disponer la creación de una Oficina de Asistencia Sanitaria bajo la superintendencia directa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación compuesta por profesionales no alcanzados por la resolución n° 3680/2011. –N° 39–.

INDICE POR LOS NOMBRES DE LAS PARTES

Por nombre del actor

A

A., L.: p. 490.
Abecasis, Graciela Edit: p. 256.
Aceitera General Deheza SA (TF 22.313-A): p. 485.
Aceval Pollacchi, Julio César: p. 799.
Acher, María Laura y otros: p. 852.
ACUMAR s/ Urbanización de villas y asentamientos precarios, legajo de actuaciones ocupación de predio sito en las calles Lafuente, Castañares y Portela, Villa Soldati., CABA: p. 1458.
Adidas Argentina S.A. y otros: p. 1406.
Administración Federal de Ingresos Públicos: p. 1101.
AFIP DGI Autos Sol Naciente Seguros Personas TF 24683-I: p. 965.
Akemeir, Federico Armando y otros: p. 934.
Alfacar S.A.: p. 1703.
Alsogaray, Alvaro Adolfo: p. 1714.
Andreu, Eduardo Alberto: p. 1461.
Ardiles, Feliciano Haydée: p. 35.
Argencard S.A.: p. 1472.
Armada Holland BV Schiedam Denmark: p. 552.
Arzúa, Horacio Ricardo Mario: p. 196.
Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas: p. 1143.
Asociación Gremial de Profesionales del Turf (TF 15916-I): p. 1027.
Assisa, Eduardo Marcelo: p. 596.
Astiz, Alfredo Ignacio: p. 1063.
Astra CAPSA (TF 19.173-I): p. 53.
Austral Cielos del Sur S.A. (TF 16545-I): p. 763.
Autolatina Argentina (TF 11.358-I): p. 249.
Avanzato, Adrián Orlando: p. 304.
Azurix Buenos Aires S.A.: p. 38.

B

Baeza, Silvia Ofelia: p. 376.

Balatti, Lidia Inés: p. 1002.
Banco de la Ciudad de Buenos Aires: p. 1033.
Banco de la Nación Argentina: p. 463.
Banco Hipotecario S.A.: p. 13.
Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro: p. 715.
Barrionuevo, Juan Carlos: p. 858.
Batista, Heraldito Antonio y otro: p. 214.
Benamran El Bachir: p. 1070.
Berthet, Emilio: p. 362.
Bianchi, Oscar Alberto y otros: p. 198.
Bielsa, María Eugenia: p. 1412.
Bildown S.A.: p. 1854.
Bossi y García S.A. (TF 5932-A): p. 1264.
Breitfeld, Diego Ariel y otro: p. 1272.
Burlenghi, Valeria Carolina: p. 900.

C

C., L.C.: p. 864.
Calafell, Roque Esteban: p. 1659.
Calderón de Loiza, Norma Isabel: p. 223.
Campo del Cielo S.R.L.: p. 565.
Capristo, Jonathan Abel y otros: p. 559.
Carniel, Leandro Atilio s/ Sucesión: p. 1768.
Castañeda, Carlos Antonio: p. 1489.
Castillo, Manuel Felix y Nolasco, Guillermina: p. 1036.
Catania, Américo Marcial: p. 1276.
Centurión, Luis Alberto y Bains, Andrés Maximiliano: p. 1673.
Cerigliano Carlos Fabián: p. 398.
Chevron San Jorge S.R.L.: p. 1162.
Chubut, Provincia del: p. 1106.
Clementi, Edgar Omar y otro: p. 885.
Comafi Fiduciario Financiero S.A.: p. 312.
Compañía General de Gas S.A.: p. 941.
Compañía Tucumana de Refrescos S.A. (TF 20.391-I): p. 502.
Comunidad Aborigen Santuario Tres Pozos y otros: p. 1861.
COVIMET S.A. (TF 19404-I): p. 891.

D

D.J.B. y otro: p. 1081.
 De Estrada, Martina María: p. 1010.
 De Pinto, Silvia Noemí: p. 1426.
 Delfino, Laura Virginia: p. 229.
 Delpino, José Luis (TF 16732-I): p. 1041.
 Derecho, René Jesús: p. 1504.
 DGA Autos Daimlerchrysler Argentina S.A. TF 16489-A: p. 768.
 Direct TV Argentina S.A.: p. 681.
 Donati Hermanos S.A.: p. 417.
 Duhalde, Eduardo Luis Secretario de Derechos Humanos de la Nación. Acusa y J.E. 14/06 CARAT. Representantes de organismos de derechos humanos de organizaciones sociales y políticas.: p. 1791.
 Dupuy, Daniel Oscar y otros: p. 1361.

E

Edesal S.A.: p. 1580.
 Editorial Perfil S.A. y otro: p. 109.
 El Práctico S.A.: p. 626.
 Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (EDENOR S.A.): p. 1113.
 Estado Nacional: p. 754.
 Estado Nacional (Ejército Argentino): p. 240.
 Estado Provincial - Casación en autos: "Ros, Guillermo Horacio y otros c/ Estado Provincial - expropiación inversa": p. 509.
 Estudio Consultor de Obras Públicas S.R.L.: p. 690.

F

F.J.W. Sociedad Anónima de Transporte: p. 902.
 F.R.F.C.: p. 1287.
 Faifman, Ruth Myriam y otros: p. 419.
 FIMACO S.A.: p. 427.
 Finocchietti, Enrique Augusto y otro: p. 1172.
 Fisco Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva: p. 458.
 Fleita, Nilda Ester: p. 343.
 Florensa, Martín y otros: p. 1092.
 Francisco Osvaldo Díaz S.A. (TF 16636-I): p. 1182.
 Frigorífico Litoral Argentino S.A.: p. 1043.

G

G.M.E.: p. 1869.
 Gaetti, Gaston Ceferino: p. 871.
 Gallo López, Javier: p. 725.

Gallo Llorente, Santiago Emilio y otro: p. 1187.
 García, José Manuel: p. 1795.
 Gatica, Domingo Eduardo: p. 778.
 Giachino, Luis Alberto y otro: p. 1123.
 Giménez, José Félix: p. 128.
 Gioia, Gustavo Américo y otro: p. 1133.
 Gironde, Alberto Eduardo: p. 62.
 Giuffra, María y otro: p. 1099.
 Godoy, Aldo Ramón: p. 1431.
 González, Roberto: p. 1804.
 Grainco Pampa S.A.: p. 357.
 Grupo República S.A.: p. 1808.
 Guerrero, Estela Mónica por sí y sus hijos menores: p. 120.
 Guido C. Caratti e Hijos S.R.L.: p. 1437.
 Guillén, Hilda Alicia Geraldine: p. 1815.
 Gus Mig S.R.L. (TF 15806-I): p. 1193.

H

Hirzy, Silvia Beatriz: p. 970.
 Hurting de Bártoli, Irene: p. 405.

I

IMPSAT S.A.: p. 139.
 Ingenio Río Grande S.A.: p. 95.
 Interpol Moscú: p. 666.

J

Jiménez, María Elena: p. 434.
 Johnson & Johnson de Argentina S.A. CEI: p. 516.
 José Minetti y Cía. Ltda. S.A.C.E.I.: p. 1876.
 JP Morgan Chase Bank NA (Sucursal Bs. As.): p. 837.
 Jurado Golf S.A.: p. 1198

K

Kang, Yoong Soo: p. 1882.

L

Leiva, María Cecilia: p. 1204.

M

M. M. M. G.: p. 842.
 Machado, Jorge José: p. 1372.

Manso, José Benigno: p. 736.
 Mara, Hugo Jorge: p. 983.
 Martínez, Cirila: p. 742.
 Martínez, Walter L., Godoy, María Angélica y Galli, Miguel L.: p. 365.
 Matwijiszyn, Martín Damián: p. 1897.
 Melo, Leopoldo Felipe y otros: p. 1722.
 Mendez, Daniel Roberto: p. 1216.
 Metrovías S.A. (TF 18429-I): p. 1047.
 Mezzadra, Jorge Oscar: p. 1302.
 Migoya, Carlos Alberto: p. 1821.
 Ministerio Público de la Nación: p. 1382.
 Miyazono, Ricardo: p. 784.
 Moda S.R.L.: p. 1609.
 Molina, Héctor Ricardo (TF 17184-I): p. 1231.
 Morales, Gerardo Rubén –Presidente de la Unión Cívica Radical–: p. 144.
 Morán Juan Carlos: p. 471.
 Multicanal S.A. y otro: p. 236.
 Municipalidad de Rosario: p. 1842.

N

N.R.I. y otro: p. 1848.
 Napoli, Carlos Alberto: p. 1327.
 Naval, Patricia Elisabeth por sí y en representación de sus hijos menores Rocío Elisabeth Noemí San Martín Naval y Marco Alejandro Isaías San Martín Naval: p. 573.
 Nieto, Nicolasa del Valle: p. 988.

O

Obra Social del Personal de Encotesa y de las Com. de R.A.: p. 950.
 Organbide, Pedro Antonio: p. 468.
 Organización Brandsen Asesores de Seguros S.A.: p. 396.
 Oscar Meléndez Construcciones y otro: p. 972.

P

P., A.: p. 829.
 P., H. P. y otro: p. 1691.
 Palacios, Daniel Fernando y otra: p. 1237.
 Papamundo S.A. y otra: p. 959.
 Paz, Claudio Alberto: p. 592.
 Pellicori, Lilitiana Silvia: p. 1387.
 Peña, Orlando: p. 44.
 PerioPontis S.A.: p. 1074.
 Petrobras Energía S.A.: p. 1614.
 Pocoví, Osmar Miguel y otro: p. 582.
 Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires: p. 896.
 Pontoni, Roberto Luis y otros S.H.: p. 474.

Prodecom S.A. (TF 20.862-I): p. 5.

Q

Quiroga, Valeria Analía: p. 796.

R

R.P., R.D.: p. 445.
 Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. Inc. Competencia: p. 259.
 Rainone de Ruffo, Juana Teresa Berta: p. 210.
 Real, Antonio Lorenzo: p. 9.
 Rectificaciones Rivadavia S.A.: p. 875.
 Rigamonti, Carlos Alberto: p. 1622.
 Rivarola, Martín Ramón: p. 476.
 Rot Automotores SACIF: p. 156.

S

Saglietti, Inés Marina: p. 30.
 Salas, Dino y otros: p. 1754.
 Salas, Pedro Angel y otros: p. 275.
 San Luis, Provincia de y otra: p. 324.
 Seccional Primera: p. 757.
 Secretaría de Desarrollo Social de la Nación: p. 749.
 Sero, Liliana y otros: p. 1342.
 Sevel Argentina S.A.: p. 1903.
 SIDERAR S.A.I.C.: p. 996.
 Silva Tamayo, Gustavo Eduardo: p. 1909.
 Sindicato de Trabajadores de Correos y Telecomunicaciones de Bs. As.: p. 349.
 Slatapolsky, Jorge Alberto: p. 698.
 Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música: p. 187.
 Sosena, Elena Romana: p. 454.
 Soto, Marcos Sergio y otro: p. 847.
 Stiefel, Juan Carlos: p. 1346.
 Suárez, Carlos Alberto: p. 1139.
 Swift Armour S.A. Argentina: p. 1239.

T

TECSA S.A.: p. 541.
 Tierno, Juan Carlos: p. 295.
 Tissera, Héctor Daniel: p. 173.
 Torres, María Julia: p. 287.
 Transportes Metropolitanos Belgrano S.A. y otros: p. 1626.
 Trinchieri, Antonio: p. 1640.

V

V., D. L. (nacionalidad francesa): p. 913.
 Vargas Lerena, Álvaro: p. 178.
 Vargas, Otto Cesar: p. 760.
 Vecchi, Amado Alejandro: p. 1644.
 Villaalba, Raúl Andrés: p. 1920.
 Volcoff, Miguel Jorge y otros: p. 1241.

W

W.D.: p. 1445.
 Willard, Michael: p. 1018.

Z

Zeballos, José Luis: p. 1054.
 Zubizarreta, Jorge: p. 591.

Por nombre del demandado**A**

A.F.I.P.: p. 875.
 A.F.I.P. - D.G.I. Resol. 122/01: p. 1437.
 A.N.A.: p. 972.
 ADERIR S.A. y otros: p. 852.
 Administración Federal de Ingresos Públicos
 –D.G.I.–: p. 396.
 Administración Nacional de Aduanas: p. 1033.
 Administración Nacional de la Seguridad Social:
 ps. 9, 198, 343, 1172, 1804.
 AFIP DGI Resol. 32/01 y 71/00: p. 1808.
 Albeca S.A.: p. 1101.
 AMSA S.A.: p. 1622.
 ANSeS: ps. 210, 454, 742, 829.
 Arce, Elice Elsa y otro: p. 591.

B

B.C.R.A. – (Base Datos) y otro: p. 1276.
 B.C.R.A. – Resol. 14/04 (Expte. 65812/98 Sum.
 Fin. 981): p. 1241.
 Banco Central de la Republica Argentina: p. 837.
 Banco de la Nación Argentina: p. 1018.
 Banco do Brasil S.A.: p. 698.
 Banco Roela S.A.: p. 1092.
 Billinghurst Place S.A. y otro: p. 1640.
 Brennan, Horacio Marcelo Santos y otros: p. 582.

Buenos Aires, Provincia de: p. 1626.
 Buenos Aires, Provincia de y otro: p. 996.
 Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacio-
 nal): p. 1237.
 Buenos Aires, Provincia de y otros: p. 376, 1143,
 1821.

C

Cadena País Producciones Publicitarias S.A.:
 p. 178.
 Central Térmica Sorrento S.A.: p. 1842.
 Citibank N.A.: p. 1327.
 Colegio Público de Abogados de la Capital Federal:
 ps. 1372, 1387.
 Compañía de Radiocomunicaciones Móviles
 S.A.: p. 799.
 CONADECO - dto. 527/05 y otros: p. 236.
 Consejo Vial Federal y otras: p. 324.
 Consolidar A.R.T. S.A.: p. 1133.
 Córdoba, Provincia de: p. 626.
 Corrientes, Provincia de: p. 754.
 Crazy Confitería: p. 187.

D

D.G.A.: ps. 485, 1264.
 D.G.I.: ps. 5, 53, 249, 502, 763, 891, 1041, 1047,
 1182, 1193, 1231.
 Deutsche Bank S.A.: p. 516.
 Di Cesare, Luis Alberto y otro: p. 1691.
 Dirección General de Aduanas (AFIP): p. 173.
 Dirección General Impositiva: p. 44.

E

E.N.: p. 259.
 E.N. - Jefatura Gabinete de Ministros - SMC:
 p. 109.
 E.N. – Mº Economía – Sec. Finanzas Resol. 73 y
 158/03 Ley 24.411: p. 1099.
 E.N. C.S.J.N. Ac. 75/93 y 37/94: p. 970.
 E.N. D.G.A. Resol. 433/07 (ADEZ): p. 1198
 E.N. Ley 25.732 Dto. 732/01: p. 1239.
 E.N. Mº Defensa SSI GN Resol 1219/96 y 1307/97
 SS: p. 983.
 E.N. Mº Economía Resol. 125/08 Dto. 2752/91:
 p. 1187.
 E.N. Mº Economía SAGPyA Resol. 2/99: p. 1074.
 E.N. Mº Justicia y DD.HH.: p. 1302.
 E.N. P.J.N. DTO. 5046/51: p. 1426.
 E.N. Servicio Penitenciario Argentino y otro:
 p. 1081.
 E.N. Sindicatura General de la Nación Resol. 58/03
 459/03: p. 1909.

Editorial La Página S.A.: p. 1714.
 Ej. Arg. - Comando de Ing. - Mº de Economía de la Nación: p. 690.
 Embajada de la Federación Rusa y otros: p. 885.
 EN - Mº Justicia - resol. 28/08 - SSI (expte. 23.002/08): p. 30.
 ENARGAS y otros: p. 941.
 Entre Ríos, Provincia de y otro: p. 1472.
 Estado Nacional: ps. 715, 1876.
 Estado Nacional - Administración de Parques Nacionales res. 11/2000: p. 196.
 Estado Nacional – Dirección General de Sanidad de Fronteras y Terminales de Transporte y otros: p. 1123.
 Estado Nacional - Dirección General Impositiva: p. 1903.
 Estado Nacional - Ministerio de Defensa - Ejército Arg.: p. 1795.
 Estado Nacional – Ministerio de Defensa: ps. 275, 1848.
 Estado Nacional - Mº de Economía y de Obra y Servicios Públicos: p. 95.
 Estado Nacional - Museo Nacional de Bellas Artes: p. 62.
 Estado Nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado: p. 445.
 Estado Nacional Mº E. y O.S.P. Resols. 1506/98 SIC. 837/98: p. 1406.
 Estado Nacional-- Poder Ejecutivo de la Nación y otros: p. 778.
 Eternit Argentina S.A. y otro: p. 223.

F

Federación Argentina de Box y otro: p. 847.
 Fisco Nacional: p. 1043.
 Fisco Nacional (AFIP-DGI): p. 1854.

G

G.C.B.A.: p. 490.
 GCABA - ley 19.798: p. 139.
 Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs.As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control: p. 398.

I

Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados: p. 1869.
 Integra Consultora y Servicios S.A.: p. 1461.
 Inter Fruit S.A.: p. 552.

J

Jujuy, Provincia de y otros: p. 1861.

L

L., M. E.: p. 864.
 L.S.Y.U. s/ Reintegro por hijo: p. 1287.
 La Arena S.A.: p. 295.
 La Cabaña S.A. y otros: p. 988.

M

Majul, Luis Miguel: p. 1722.
 Marítima Integrada de Armadores S.R.L.: p. 463.
 Mendoza, Provincia de: p. 240.
 Metrovías S.A.: p. 304.
 Ministerio de Defensa: p. 1431.
 Ministerio de Economía (Estado Nacional): p. 842.
 Ministerio de Trabajo de la Nación: p. 349.
 Misiones, Provincia de y otro: ps. 596, 1342.
 Misiones, Provincia de y otros: p. 902.
 Mº J. y DDHH - art. 3 ley 24.043 - resol. 198/08 (ex. 155.865): p. 256.
 Municipalidad de Palpalá: p. 1036.
 Municipalidad de Pilar: p. 1113.
 Muravchik, Abraham Jaime: p. 312.
 Murray de Prilick, Susana: p. 405.

N

Neuquén, Provincia del: p. 1162.
 Nuevo Ideal S.A.: p. 35.

O

Odipa S.R.L. y otros.: p. 573.
 Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos: p. 229.

P

P.E.N. - A.F.I.P.-D.G.I.: p. 474.
 Parra, Carlos Daniel y otro: p. 1815.
 Parrucci, Graciela y otros: p. 214.
 Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires: p. 896.
 Provincia de Formosa y otro: p. 541.
 Provincia de La Pampa - Dirección General de Rentas: p. 357.
 Provincia de Salta: p. 434.

Provincia del Chaco: p. 565.

R

RCI Argentina Inc.: p. 287.
Renault Argentina S.A.: p. 858.
Renault Argentina S.A. y otros: p. 417.
Representaciones S.R.L. y otros: p. 1139.
Río Negro, Provincia de y otros: p. 1106.
Rubén Leandro Insegna: p. 120.
Rutilex Hidrocarburos S.A.: p. 476.

S

S.D.D.W.: p. 1445.
Salta, Provincia de y Estado Nacional: p. 1754.
Salvatierra, Marta del Valle: p. 1272.
San Luis, Provincia de y otro (Estado Nacional):
p. 1580.
Sanatorio Modelo Quilmes y otros: p. 1361.
Santa Fe, Provincia de: p. 1346.
Sevel Argentina S.A. y otro: p. 156.
Sintelar S.A. y otra: p. 1897.

Solvay Indupa S.A.I.C.: p. 959.

T

Tarchini, Irma Susana.: p. 458.
Terminales Río de la Plata S.A. y otro: p. 1614.

U

Universidad Nacional de la Plata: p. 736.
Universidad Nacional de Rosario: p. 1412.

V

Viviani, Angel Pablo: p. 749.

Y

Y.P.F. S.A.: p. 934.

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

A) VOCES DE REFERENCIA*

A

ABOGADO

ESTAFA (p. 56): 1.

SANCIONES DISCIPLINARIAS (p. 82): 1, 2.

ABSOLUCION DEL ACUSADO

NON BIS IN IDEM (p. 68): 1 a 3.

ACCIDENTES DEL TRABAJO

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 1, 2.

ACCION DE AMPARO

PENSION (p. 70): 1.

PUEBLOS INDIGENAS (p. 74): 1, 2.

(*) A partir de la edición del tomo 331 de la colección Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (año 2008) la modalidad del índice por materias ha sido modificada.

Se ha dispuesto que tal índice conste de dos partes:

–La primera parte corresponde a la lista de voces de referencia con la inclusión de las voces principales con las que se relacionan y con la indicación de los números de orden de los respectivos sumarios.

–La segunda parte corresponde al listado de las voces principales ordenadas alfabéticamente y con sus respectivos sumarios.

ACCION DE REPETICION

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS (p. 63): 2.

ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 1.

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

APORTES PREVISIONALES (p. 43): 1.

ACLARATORIA

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 45): 1.

ACORDADAS

COSTAS (p. 48): 2.

ACTOS DE SERVICIO

SERVICIO MILITAR (p. 83): 1, 2.

ACTUACION DE OFICIO

IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES (p. 64): 1.

ACUERDO DE MARRAKECH

IMPORTACION (p. 61): 1.

ACUERDOS

TERRORISMO (p. 86): 2.

ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS

IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES (p. 64): 1.

APORTES

ENTIDADES FINANCIERAS (p. 55): 3.

APORTES PREVISIONALES

REMUNERACIONES (p. 77): 2.

APRECIACION DE LA PRUEBA

ABOGADO (p. 41): 3.

HOMICIDIO (p. 60): 1, 2.

ARCHIVO

COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (p. 43): 1.

ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 1, 2.

ASISTENCIA MEDICA

DISCAPACIDAD (p. 53): 1.

ATENCION DOMICILIARIA

DISCAPACIDAD (p. 53): 1.

AUDIENCIA

PUEBLOS INDIGENAS (p. 74): 1, 2.

AUTOMOTORES

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 1, 3.

B

BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA

DERECHO AL OLVIDO (p. 52): 2.

ENTIDADES FINANCIERAS (p. 55): 3.

HABEAS DATA (p. 59): 3, 4.

BANCOS

HABEAS DATA (p. 59): 4.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS (p. 61): 1.

BONO DE CONSOLIDACION DE DEUDAS

DEUDAS PREVISIONALES (p. 53): 1, 2.

BOSQUES

DAÑO AMBIENTAL (p. 49): 2 a 4.

BUENA FE

LIBERTAD DE EXPRESION (p. 65): 1.

C

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

DEFENSOR OFICIAL (p. 51): 2.

CAPITAL

ENTIDADES FINANCIERAS (p. 55): 2, 3.

CARCELES

DEFENSOR OFICIAL (p. 51): 1.

CARGA DE LA PRUEBA

ACTOS DISCRIMINATORIOS (p. 42): 1, 2.

CESION DE CREDITOS

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 3.

CESION DE DERECHOS

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 1.

COLACION

PRESCRIPCION (p. 72): 1.

SIMULACION (p. 85): 1.

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

ABOGADO (p. 41): 1.

SANCIONES DISCIPLINARIAS (p. 82): 2.

COMERCIO

SERVICIOS PUBLICOS (p. 84): 1.

COMERCIO EXTERIOR

PESIFICACION (p. 71): 1, 2.

PUERTOS (p. 74): 1, 2.

COMISION NACIONAL DE VALORES

OFERTA PUBLICA (p. 70): 1, 2.

COMPETENCIA

PROSTITUCION (p. 73): 1.

TRATA DE PERSONAS (p. 86): 1.

COMPETENCIA FEDERAL

DAÑO AMBIENTAL (p. 49): 1.

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 3, 4.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

DAÑO AMBIENTAL (p. 49): 2, 3.

DEFENSOR OFICIAL (p. 51): 2.

MEDIO AMBIENTE (p. 67): 1 a 4.

COMPRAVENTA

IMPUESTO A LAS GANANCIAS (p. 61): 1.
IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 1, 3.

CONCUBINATO

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO (p. 57): 1.

CONCURSO PREVENTIVO

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 2.

CONDENA

NON BIS IN IDEM (p. 68): 1.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

JUECES (p. 64): 1.

CONSOLIDACION DE DEUDAS

DEFENSOR OFICIAL (p. 51): 1.

CONSTITUCION NACIONAL

DAÑO AMBIENTAL (p. 49): 3.
ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 4.
FACTOR DE CONVERGENCIA (p. 58): 2.
LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 5.
NON BIS IN IDEM (p. 68): 3.
SERVICIOS PUBLICOS (p. 84): 1.

CONTAMINACION

DAÑO AMBIENTAL (p. 49): 1.
MEDIO AMBIENTE (p. 67): 3.

CONTRABANDO

NON BIS IN IDEM (p. 68): 1, 4.

CONTRATO DE CONCESION

IMPUESTO DE SELLOS (p. 63): 1, 2.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA (p. 50): 1.

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 1.

PESIFICACION (p. 71): 2.

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 1, 2.

SERVICIOS PUBLICOS LOCALES (p. 84): 1.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 47): 2.

CONVENIO MULTILATERAL

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS (p. 63): 1 a 3.

COPARTICIPACION DE IMPUESTOS

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS (p. 63): 2.

CORRALITO FINANCIERO

JUECES (p. 64): 1.

CORTE SUPREMA

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 45): 2.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 47): 1, 2.

DEUDAS PREVISIONALES (p. 53): 2.

LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 4.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 73): 1.

RECURSO DE CASACION (p. 75): 3.

REFINANCIACION HIPOTECARIA (p. 77): 1.

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 1.

COSA JUZGADA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 47): 1.

DEUDAS PREVISIONALES (p. 53): 2.

REFINANCIACION HIPOTECARIA (p. 77): 2.

COSTAS AL VENCIDO

COSTAS (p. 48): 3.

CREDITO FISCAL

COSTAS (p. 48): 3.

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 4.

CUESTION ABSTRACTA

CONVENIO (p. 47): 1.

CUESTION DE DERECHO COMUN

OFERTA PUBLICA (p. 70): 1.

CUESTIONES DE HECHO

OFERTA PUBLICA (p. 70): 1, 2.

CUESTIONES PROCESALES

ABOGADO (p. 41): 2.

ESTAFA (p. 56): 1.

OFERTA PUBLICA (p. 70): 2.

CULPA

SERVICIO DOMESTICO (p. 83): 1.

CULPA CONCURRENTENTE

SERVICIO DOMESTICO (p. 83): 1.

CUSTODIA

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (p. 79): 1.

D

DAÑO AMBIENTAL

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 44): 3.

MEDIO AMBIENTE (p. 67): 1 a 3.

DAÑO MATERIAL

DAÑO MORAL (p. 50): 1.

DAÑO MORAL

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 78): 1.

DAÑOS Y PERJUICIOS

ACTOS DE SERVICIO (p. 42): 1, 2.

COSTAS (p. 48): 1.

DAÑO EMERGENTE (p. 50): 1.

DEFENSOR OFICIAL (p. 51): 1.

LIBERTAD DE EXPRESION (p. 65): 1.

LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 2 a 4, 6.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 3.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 78): 1, 3.

SERVICIO MILITAR (p. 83): 1, 2.

DEBIDO PROCESO

ABOGADO (p. 41): 1.

GARANTIAS CONSTITUCIONALES (p. 59): 1.

SANCIONES DISCIPLINARIAS (p. 82): 2.

DECRETO

FACTOR DE CONVERGENCIA (p. 58): 1, 2.

DEFENSA EN JUICIO

HOMICIDIO (p. 60): 1.

DEFENSOR OFICIAL

DEFENSA EN JUICIO (p. 51): 1.

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 47): 1.

EXTRADICION (p. 57): 1, 2.

DERECHO A LA SALUD

CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 46): 1.

DISCAPACIDAD (p. 53): 1.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (p. 79): 1.

TUTELA ANTICIPADA (p. 86): 2.

DERECHO A LA VERDAD

TERRORISMO (p. 86): 1.

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 78): 1 a 3.

DERECHO ADMINISTRATIVO

SANCIONES ADMINISTRATIVAS (p. 82): 1.

DERECHO AL HONOR

LIBERTAD DE EXPRESION (p. 65): 1.

DERECHO AL OLVIDO

HABEAS DATA (p. 59): 1 a 4.

DERECHO DE PROPIEDAD

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1.

DERECHO PENAL

SANCIONES ADMINISTRATIVAS (p. 82): 1.

DERECHO PUBLICO LOCAL

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 44): 4.

DERECHOS HUMANOS

GARANTIAS CONSTITUCIONALES (p. 59): 1.

DESPIDO

ACTOS DISCRIMINATORIOS (p. 42): 1, 2.
CONTRATO DE TRABAJO (p. 46): 1.

DIPLOMATICOS

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 44): 1, 2, 5.

DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA

PRINCIPIO DE RESERVA (p. 72): 1.
REORGANIZACION DE SOCIEDADES (p. 78): 1.

DIRECTORES DE SOCIEDADES ANONIMAS

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 2.
SOCIEDAD ANONIMA (p. 85): 1.

DISCAPACIDAD

CONSOLIDACION DE DEUDAS (p. 46): 1.
RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (p. 79): 1.
TUTELA ANTICIPADA (p. 86): 2.

DOLARES ESTADOUNIDENSES

DEUDAS PREVISIONALES (p. 53): 1, 2.
FACTOR DE CONVERGENCIA (p. 58): 1, 2.
PUERTOS (p. 74): 1, 2.

DOMICILIO

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (p. 79): 5.

E**ECONOMIA PROCESAL**

PENSION (p. 70): 1.

EJECUCION DE LA PENA

CARCELES (p. 43): 1, 2.

EJECUCION DE SENTENCIA

DEUDAS PREVISIONALES (p. 53): 1.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (p. 79): 6.

EMERGENCIA ECONOMICA

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA (p. 50): 1.

DEUDAS PREVISIONALES (p. 53): 2.

PUERTOS (p. 74): 2.

ENERGIA ELECTRICA

COMPETENCIA FEDERAL (p. 44): 1.

REGALIAS (p. 77): 1.

SERVICIOS PUBLICOS (p. 84): 1.

SERVICIOS PUBLICOS LOCALES (p. 84): 1.

ENTIDADES FINANCIERAS

DERECHO AL OLVIDO (p. 52): 1, 2.

HABEAS DATA (p. 59): 1 a 3.

ESPECTACULOS DEPORTIVOS

DAÑO MORAL (p. 50): 1.

OBLIGACION DE SEGURIDAD (p. 69): 1.

PODER DE POLICIA (p. 71): 1.

ESTADO NACIONAL

MEDIO AMBIENTE (p. 67): 4.

MUNICIPALIDADES (p. 68): 1.

ESTAFA

ABOGADO (p. 41): 2, 3.

EXTRADICION (p. 57): 6.

EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1, 2.

EXCESIVO RIGOR FORMAL

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 2.

TASA DE JUSTICIA (p. 85): 1.

EXPORTACION

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 5, 4.

EXTINCION DE LA ACCION PENAL

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 47): 1, 3.

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE (p. 52): 2.

F

FACTURA

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 3.

FACULTADES CONCURRENTES

MUNICIPALIDADES (p. 68): 1.

FACULTADES DISCIPLINARIAS

ABOGADO (p. 41): 1.

FALLECIMIENTO

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 1.

FALLECIMIENTO DEL TRABAJADOR

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO (p. 57): 1.

FAMILIA

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO (p. 57): 1.

FERROCARRILES

IMPUESTO DE SELLOS (p. 63): 1, 2.

FISCAL

EXTRADICION (p. 57): 3, 5.

FISCO NACIONAL

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 5.

FRAUDE

SIMULACION (p. 85): 1.

FUNCIONARIOS PUBLICOS

REMUNERACIONES (p. 77): 1.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

NON BIS IN IDEM (p. 68): 4.

OFERTA PUBLICA (p. 70): 1, 2.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 3.

G

GARANTIAS CONSTITUCIONALES

TERRORISMO (p. 86): 2.

GAS

REGALIAS (p. 77): 1.

GASTOS PROTOCOLARES

REMUNERACIONES (p. 77): 1, 2.

GUERRA

ACTOS DE SERVICIO (p. 42): 1, 2.

H**HABEAS DATA**

DERECHO AL OLVIDO (p. 52): 1, 2.

HIDROCARBUROS

REGALIAS (p. 77): 1.

HOMICIDIO

PROTECCION INTEGRAL DE LA MUJER (p. 73): 1.

HOMOSEXUALIDAD

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO (p. 57): 1.

PENSION (p. 70): 1.

HURTO

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 44): 1, 2.

I**IDONEIDAD**

EMPLEO PUBLICO (p. 54): 1.

IGUALDAD

PESIFICACION (p. 71): 1.

IMPORTACION

FACTOR DE CONVERGENCIA (p. 58): 1, 2.
PESIFICACION (p. 71): 1, 2.

IMPUESTO

CREDITO FISCAL (p. 48): 1.

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 1.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES (p. 64): 1.
PRINCIPIO DE RESERVA (p. 72): 1.

IMPUESTO A LOS COMBUSTIBLES

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1, 2.

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES (p. 64): 1.
PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 73): 1.
SOCIEDAD ANONIMA (p. 85): 1.

IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES

COSTAS (p. 48): 3.

IMPUGNACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 2.

INCIDENTES

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 4 a 6.

INDEMNIZACION

ACTOS DE SERVICIO (p. 42): 1, 2.
EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO (p. 57): 1.
RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 3.
RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 1, 2.
SERVICIO DOMESTICO (p. 83): 1.
SERVICIO MILITAR (p. 83): 1, 2.

INFORMES

HABEAS DATA (p. 59): 4.

INFRACCIONES ADUANERAS

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE (p. 52): 2.
PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL (p. 72): 1.

INHABILITACION ESPECIAL

ABOGADO (p. 41): 2, 3.
ESTAFA (p. 56): 1.

INSTRUMENTOS PUBLICOS

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 4, 6.

INTERES PUBLICO

LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 6.

INTERESES RESARCITORIOS

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 73): 1.

INTERNET

OFERTA PUBLICA (p. 70): 1, 2.

INTERPRETACION DE LA LEY

CREDITO FISCAL (p. 48): 2.
DERECHO AL OLVIDO (p. 52): 2.
EJECUCION FISCAL (p. 54): 2.

ENTIDADES FINANCIERAS (p. 55): 1, 3.
FACTOR DE CONVERGENCIA (p. 58): 1.
HABEAS DATA (p. 59): 1 a 4.
NON BIS IN IDEM (p. 68): 2.
PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL (p. 72): 1.
PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 73): 1.
REFINANCIACION HIPOTECARIA (p. 77): 1, 2.
REGALIAS (p. 77): 1.
REMUNERACIONES (p. 77): 2.
SERVICIO MILITAR (p. 83): 1, 2.

INTERPRETACION DE LOS TRATADOS

EXTRADICION (p. 57): 3, 5.

INTIMACION DE PAGO

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1, 2.

J

JUECES

EJECUCION FISCAL (p. 54): 2.
PERICIA MEDICA (p. 70): 1.
RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (p. 79): 6.

JUEGOS DE AZAR

CONVENIO (p. 47): 1.

JUICIO CRIMINAL

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE (p. 52): 1.
NON BIS IN IDEM (p. 68): 1.
PROTECCION INTEGRAL DE LA MUJER (p. 73): 1.
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 78): 2.

JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS DE LA NACION

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 45): 2.

JURISDICCION Y COMPETENCIA

DAÑO AMBIENTAL (p. 49): 2.

JURISPRUDENCIA

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 45): 2.

DEUDAS PREVISIONALES (p. 53): 2.

LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 4.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 73): 1.

RECURSO DE CASACION (p. 75): 3.

REFINANCIACION HIPOTECARIA (p. 77): 1.

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 1.

JUSTICIA FEDERAL

CONFLICTO DE COMPETENCIA (p. 46): 1.

PROSTITUCION (p. 73): 1.

TRATA DE PERSONAS (p. 86): 1.

L**LEGITIMA DEFENSA**

HOMICIDIO (p. 60): 2.

PROTECCION INTEGRAL DE LA MUJER (p. 73): 1.

LEY

REORGANIZACION DE SOCIEDADES (p. 78): 1.

LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 1.

LEYES IMPOSITIVAS

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1, 2.

FACTOR DE CONVERGENCIA (p. 58): 2.

LEYES PROCESALES

TUTELA ANTICIPADA (p. 86): 2.

LIBERTAD DE EXPRESION

LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 1 a 6.

LIBERTAD DE PRENSA

LIBERTAD DE EXPRESION (p. 65): 1.
PERIODISMO (p. 71): 1.

LIBROS DE COMERCIO

SOCIEDAD ANONIMA (p. 85): 1.

LUCRO CESANTE

DAÑO EMERGENTE (p. 50): 1.

M

MATRICULA PROFESIONAL

ABOGADO (p. 41): 1.

MEDIACION

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 44): 5.

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

SENTENCIA DEFINITIVA (p. 83): 1.
TUTELA ANTICIPADA (p. 86): 1, 2.

MEDIDAS CAUTELARES

CONVENIO (p. 47): 1.
SENTENCIA DEFINITIVA (p. 83): 1.

MEDIO AMBIENTE

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 44): 4.
DAÑO AMBIENTAL (p. 49): 4.
ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 1.

MENORES

DEFENSOR OFICIAL (p. 51): 1.
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO (p. 79): 1.
RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (p. 79): 1, 2.
TUTELA ANTICIPADA (p. 86): 2.

MILITARES

ACTOS DE SERVICIO (p. 42): 1, 2.

MINISTERIO PUBLICO

NON BIS IN IDEM (p. 68): 4.

MONTO MINIMO

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 4, 6.

MORA

HABEAS DATA (p. 59): 4, 2.

MULTAS

ENTIDADES FINANCIERAS (p. 55): 1, 2.
PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO (p. 73): 1.

MUNICIPALIDADES

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 1.

N**NOTIFICACION**

RECURSO DE CASACION (p. 75): 2.

NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

ABOGADO (p. 41): 1.

SANCIONES DISCIPLINARIAS (p. 82): 1.

NULIDAD DE ACTOS PROCESALES

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 45): 1.

CONFLICTO DE COMPETENCIA (p. 46): 1.

NULIDAD PROCESAL

DEFENSOR OFICIAL (p. 51): 1.

O

OBLIGACIONES NEGOCIABLES

OFERTA PUBLICA (p. 70): 1, 2.

OBRAS LITERARIAS

LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 1 a 4, 6.

PERIODISMO (p. 71): 1.

ORDENANZAS MUNICIPALES

COMPETENCIA FEDERAL (p. 44): 1.

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 1.

SERVICIOS PUBLICOS LOCALES (p. 84): 1.

ORGANISMOS INTERNACIONALES

TERRORISMO (p. 86): 2.

ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO

IMPORTACION (p. 61): 1.

P**PACTO DE CUOTA LITIS**

ABOGADO (p. 41): 3.

PAMI

DISCAPACIDAD (p. 53): 1.

PEAJE

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 2.

PENA DE MUERTE

EXTRADICION (p. 57): 3, 5.

PERIODISMO

LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 1, 2, 4, 6.

PESCA

DAÑO EMERGENTE (p. 50): 1.

PESIFICACION

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA (p. 50): 1.

DEUDAS PREVISIONALES (p. 53): 2.

PUERTOS (p. 74): 1, 2.

REFINANCIACION HIPOTECARIA (p. 77): 2.

PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 2.

PLAZO

DERECHO AL OLVIDO (p. 52): 2.

HABEAS DATA (p. 59): 1, 4.

REFINANCIACION HIPOTECARIA (p. 77): 1.

REORGANIZACION DE SOCIEDADES (p. 78): 1.

PODER DE POLICIA

MEDIO AMBIENTE (p. 67): 1.

POLICIA DE SEGURIDAD

OBLIGACION DE SEGURIDAD (p. 69): 1.

PRECIO

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 1.

PRESCRIPCION

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 47): 3.
DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE (p. 52): 2.
HABEAS DATA (p. 59): 1, 3.
SIMULACION (p. 85): 1.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

TERRORISMO (p. 86): 1, 2.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

SANCIONES ADMINISTRATIVAS (p. 82): 1.

PRINCIPIO DE RESERVA

FACTOR DE CONVERGENCIA (p. 58): 2.
IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 5.
SANCIONES ADMINISTRATIVAS (p. 82): 1.

PRISION PERPETUA

EXTRADICION (p. 57): 4.

PRISION PREVENTIVA

COSTAS (p. 48): 1.
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (p. 78): 1, 3.

PRIVACION DE JUSTICIA

DAÑO AMBIENTAL (p. 49): 2.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SANCIONES DISCIPLINARIAS (p. 82): 2.

PROFESIONES LIBERALES

APORTES PREVISIONALES (p. 43): 1.

PRONUNCIAMIENTO INOFICIOSO

RETENCIONES MOVILES (p. 81): 1, 2.

PROTECCION DE DATOS PERSONALES

DERECHO AL OLVIDO (p. 52): 1, 2.

HABEAS DATA (p. 59): 1, 2.

PROTOCOLO ADICIONAL

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS (p. 63): 1 a 3.

PROVINCIAS

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 44): 4.

CONFLICTO DE COMPETENCIA (p. 46): 1.

DAÑO AMBIENTAL (p. 49): 2 a 4.

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 2.

IMPUESTO DE SELLOS (p. 63): 1, 2.

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS (p. 63): 1 a 3.

MEDIO AMBIENTE (p. 67): 1 a 4.

MUNICIPALIDADES (p. 68): 1.

SERVICIOS PUBLICOS (p. 84): 1.

PRUEBA

CONTRATO DE TRABAJO (p. 46): 1.

CREDITO FISCAL (p. 48): 1.

DAÑO AMBIENTAL (p. 49): 1.

DAÑO EMERGENTE (p. 50): 1.

DISCAPACIDAD (p. 53): 1.

LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 2.

MEDIO AMBIENTE (p. 67): 3.
PROSTITUCION (p. 73): 1.
PROTECCION INTEGRAL DE LA MUJER (p. 73): 1.
RECURSO DE CASACION (p. 75): 3.
RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 4, 6.
REMUNERACIONES (p. 77): 1.
SOCIEDAD ANONIMA (p. 85): 1.
TERRORISMO (p. 86): 1.

PRUEBA ANTICIPADA

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA (p. 44): 3.

PRUEBA DOCUMENTAL

ABOGADO (p. 41): 3.

PUBLICIDAD

OFERTA PUBLICA (p. 70): 1, 2.

Q

QUEBRANTO IMPOSITIVO

COSTAS (p. 48): 3.
CREDITO FISCAL (p. 48): 1, 2.

R

REAL MALICIA

LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 1, 3, 4.
PERIODISMO (p. 71): 1.

RECURSO DE APELACION

COSTAS (p. 48): 1.
EJECUCION FISCAL (p. 54): 1.

RECURSO DE CASACION

HOMICIDIO (p. 60): 1.

RECURSO DE REPOSICION

DEFENSOR OFICIAL (p. 51): 2.

RECURSO DE REVOCATORIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (p. 47): 3.

RECURSO EXTRAORDINARIO

ABOGADO (p. 41): 2.

COSTAS (p. 48): 2.

DEUDAS PREVISIONALES (p. 53): 1.

ESTAFA (p. 56): 1.

NON BIS IN IDEM (p. 68): 4.

OFERTA PUBLICA (p. 70): 1, 2.

RETENCIONES MOVILES (p. 81): 1, 2.

RECURSO IN FORMA PAUPERIS

RECURSO DE CASACION (p. 75): 2.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION

IMPUESTO A LAS GANANCIAS (p. 61): 1.

REMUNERACIONES (p. 77): 1.

RECURSOS NATURALES

PUEBLOS INDIGENAS (p. 74): 1, 2.

REDARGUCION DE FALSEDAD

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 4 a 6.

REENVIO

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE (p. 52): 2.

REGLAMENTO

COSTAS (p. 48): 2.

REMUNERACIONES

APORTES PREVISIONALES (p. 43): 1.

JUECES (p. 64): 1.

RENDICION DE CUENTAS

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 4, 6.

RENTA

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 1.

REORGANIZACION DE SOCIEDADES

PRINCIPIO DE RESERVA (p. 72): 1.

REPETICION DE IMPUESTOS

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS (p. 63): 1.

RESIDENCIA

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (p. 79): 4, 5.

RESIDUOS PELIGROSOS

MEDIO AMBIENTE (p. 67): 1, 3.

RESOLUCION ADMINISTRATIVA

REORGANIZACION DE SOCIEDADES (p. 78): 1.

RESPONSABILIDAD CIVIL

LIBERTAD DE EXPRESION (p. 65): 1.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

CARCELES (p. 43): 2.

COSTAS (p. 48): 1.

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE (p. 52): 1.

EXTRADICION (p. 57): 1.

PODER DE POLICIA (p. 71): 1.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 3.

SERVICIO MILITAR (p. 83): 1, 2.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS ACTOS LICITOS

DAÑO EMERGENTE (p. 50): 1.

RESPONSABILIDAD MEDICA

OBRAS SOCIALES (p. 69): 1.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA

TUTELA ANTICIPADA (p. 86): 1.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

SOCIEDAD ANONIMA (p. 85): 1.

RETENCION INDEBIDA

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES (p. 79): 4.

REVOCACION

RETENCIONES MOVILES (p. 81): 1.

S**SALARIOS**

CARCELES (p. 43): 1.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

ENTIDADES FINANCIERAS (p. 55): 2.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

ABOGADO (p. 41): 1.

ENTIDADES FINANCIERAS (p. 55): 1.

SECRETARIA DE COMERCIO

COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (p. 43): 1.

SECRETARIOS DE ESTADO

REMUNERACIONES (p. 77): 1, 2.

SENTENCIA

RETENCIONES MOVILES (p. 81): 1.

SENTENCIA ARBITRARIA

ABOGADO (p. 41): 3.

CONCURSOS UNIVERSITARIOS (p. 46): 1.

CONTRATO DE TRABAJO (p. 46): 1.

CONVENIO (p. 47): 1.

CREDITO FISCAL (p. 48): 1.

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1.

ESTAFA (p. 56): 1.

INDEMNIZACION (p. 64): 1.

LIBERTAD DE PRENSA (p. 65): 3, 4.

NON BIS IN IDEM (p. 68): 3.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO (p. 79): 1.

RIESGOS DEL TRABAJO (p. 81): 1, 2.

SANCIONES DISCIPLINARIAS (p. 82): 1.

TASA DE JUSTICIA (p. 85): 1.

TERRORISMO (p. 86): 1.

SENTENCIA CONDENATORIA

ABOGADO (p. 41): 2.

ESTAFA (p. 56): 1.

HOMICIDIO (p. 60): 1.

SENTENCIA DEFINITIVA

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO (p. 45): 2.
RECURSO ORDINARIO DE APELACION (p. 76): 5.

SERVICIO DOMESTICO

INDEMNIZACION (p. 64): 1.

SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL

DEFENSOR OFICIAL (p. 51): 1.

SERVICIOS PUBLICOS

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 3.

SERVICIOS PUBLICOS LOCALES

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 1.

SIMULACION

PRESCRIPCION (p. 72): 1.

SINDICATURA GENERAL DE LA NACION

EMPLEO PUBLICO (p. 54): 1.

SOCIEDAD ANONIMA

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (p. 61): 2.

SOLIDARIDAD

CONTRATO DE TRABAJO (p. 46): 1.

SUBROGACION

JUECES (p. 64): 1.

SUCESION

PRESCRIPCION (p. 72): 1.

SUICIDIO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO (p. 79): 1.

SUPERINTENDENCIA

ENTIDADES FINANCIERAS (p. 55): 1.

SUSPENSION DE TERMINOS

EJECUCION FISCAL (p. 54): 1.

T

TARIFAS

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 2.

PUERTOS (p. 74): 1, 2.

TARJETA DE CREDITO

HABEAS DATA (p. 59): 1, 2, 4.

TASA DE INTERES

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS (p. 63): 3.

TELECOMUNICACIONES

CONTRATO DE TRABAJO (p. 46): 1.

TORMENTOS

EXTRADICION (p. 57): 4.

TRAMITE

EXTRADICION (p. 57): 6.

TRANSPORTE DE ENERGIA

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 2, 4.

TRANSPORTE INTERJURISDICCIONAL

ENERGIA ELECTRICA (p. 55): 4.

TRASLADO

COSTAS (p. 48): 2.

TRATA DE PERSONAS

PROSTITUCION (p. 73): 1.

TRATADOS INTERNACIONALES

PROTECCION INTEGRAL DE LA MUJER (p. 73): 1.

TRIBUNAL DE DISCIPLINA

ABOGADO (p. 41): 1.

SANCIONES DISCIPLINARIAS (p. 82): 1, 2.

TRIBUNAL SUPERIOR

RECURSO DE CASACION (p. 75): 1.

TUTELA ANTICIPADA

SENTENCIA DEFINITIVA (p. 83): 1.

U

UNIVERSIDAD

CONCURSOS UNIVERSITARIOS (p. 46): 1.

(40)

VIGENCIA DE LA LEY

V

VIGENCIA DE LA LEY

RETENCIONES MOVILES (p. 81): 1, 2.

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

B) VOCES PRINCIPALES

A

ABOGADO

1. Cabe dejar sin efecto por arbitrariedad, la sentencia que confirmó la sanción que el Tribunal de Disciplina impuso a un abogado –condenado por el delito de estafa en grado de tentativa–, consistente en la exclusión de la matrícula profesional, pues la cámara no ponderó adecuadamente el planteo del actor sobre la inexistencia de la audiencia de vista de causa, ni que el demandado se limitó a reconocer en forma tardía que aquél organismo no había realizado dicha audiencia por resultar innecesaria, soslayando toda explicación de la razón por la cual, a pesar de ello, dejó expresa constancia de su realización al dictar el acto sancionatorio, conducta que comporta una clara inobservancia de las elementales garantías constitucionales de la defensa en juicio y debido proceso adjetivo, imprescindibles para el ejercicio de la facultad disciplinaria que ha sido atribuida por la ley 23.187, que podría afectar la validez del acto sancionatorio impugnado y del procedimiento que lo precedió (Voto de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Carmen M. Argibay): p. 1372.

2. Cabe confirmar la sentencia que condenó al imputado como autor del delito de estafa a la pena de dos años de prisión –cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso– e inhabilitación especial para ejercer la abogacía por el término de cuatro años, pues los reparos del recurrente no trasuntan más que una mera desconformidad con aspectos que, por regla, constituyen materia ajena a la instancia de excepción, pues se vinculan con cuestiones de hecho y prueba, y derecho común y procesal, que han sido oportunamente desechados sobre la base de argumentos que no compete a la Corte revisar, tal como sucede con la selección y ponderación de la materia probatoria efectuada por los jueces de la causa, en particular si el decisorio cuenta con motivación suficiente que, más allá de su acierto o error, descarta la arbitrariedad (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–: p. 1644.

3. Cabe dejar sin efecto la sentencia que condenó al imputado como autor del delito de estafa a la pena de dos años de prisión –cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso– e inhabilitación especial para ejercer la abogacía por el término de cuatro años, pues incurrió en el defecto de no ponderar debidamente la existencia de un acuerdo previo documentado entre las partes, inclusive ratificado en sede judicial, que avalaría el

accionar del condenado, y, por el contrario, mediante la utilización de una afirmación, carente de fundamentación, referida a que la prueba documental acompañada no se ajustaba ni conmovía las constancias del fallo impugnado, obvió la naturaleza de la pretensión que era demostrar frente a la contradicción entre el marco teórico afirmado en la sentencia y la hipótesis sostenida por los nuevos elementos, la legitimidad de una u otra postura: p. 1644.

ACTOS DE SERVICIO

1. La sentencia que rechazó la demanda promovida por un suboficial en situación de retiro a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios interpreta indebidamente la doctrina de la Corte explicitada en los casos “Azzetti”, “Aragón” y “Leston”, ya que la misma establece que no se hace lugar a la indemnización pedida cuando los daños reclamados provienen de “acciones bélicas” (fuerzas armadas) o “enfrentamientos armados” (fuerzas de seguridad) pero no cabe entender dichas categorías como equiparables a genéricos “actos de servicio”, como se trata en el caso de la incapacidad sufrida por el actor.

–Los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni, en voto y disidencia parcial respectivamente, remitieron a su voto en la causa “Aragón” (Fallos: 330:5205)–.

–En similar sentido se pronunció el Tribunal en la misma fecha en la sentencia “Lo Cane Shloszarcsik” (L. 194.XLVI)–: p. 1795.

2. Según la doctrina de la Corte explicitada en los precedentes “Azzetti”, “Aragón”, “Coorea” y “Leston” no es procedente la indemnización solicitada con fundamento en normas del Código Civil cuando los daños provienen de “misiones específicas”, pero no cabe entender que dicho concepto es equiparable, genéricamente, al concepto de “acto de servicio”, y sólo los actos de servicio que comporten misiones específicas de las fuerzas armadas o de seguridad están excluidos del ámbito indemnizatorio, a diferencia de lo que ocurre con las lesiones típicamente accidentales (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti): p. 1795.

ACTOS DISCRIMINATORIOS

1. La doctrina del Tribunal respecto a las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido, ni tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado: p. 1387.

2. En los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como

causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica: p. 1387.

APORTES PREVISIONALES

1. Si ni la Provincia de Santa Fe demandada ni la tercera citada al proceso han aportado prueba alguna tendiente a demostrar que el actor hubiera percibido honorarios por su calidad de representante técnico frente al órgano de control de ejecución del contrato de concesión de obra pública –exigencia impuesta por la provincia– o una remuneración adicional a su sueldo como gerente general en relación de dependencia de la firma concesionaria, ello hace inadmisibles las pretensiones de la Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería Civil provincial cuestionada, pues no hay evidencia de que hubiera existido una contraprestación en favor del actor por haber sido designado en esa función: p. 1346.

C

CARCELES

1. El artículo 121.c de la ley 24.660 –de ejecución de la pena privativa de la libertad– al establecer que el 25% del salario que perciben los presos por sus trabajos en prisión se destinará a un fondo de mantenimiento de establecimientos penales, es inconstitucional, pues no sólo frustra y desvirtúa los propósitos de la ley en la que se encuentra inserto –sustentar el fin de readaptación social del condenado–, sino que colisiona con enunciados de jerarquía constitucional, siendo deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía constitucional, sin que se trate de apreciar el mérito, conveniencia u oportunidad de una norma dictada por el legislador, cayendo la cuestión bajo la jurisdicción de la Corte, dado que al Poder Judicial le compete garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias: p. 1216.

2. Por la “relación e interacción especial de sujeción” que se establece entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible: p. 1216.

COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. Corresponde confirmar la sentencia que anuló la resolución 23/08 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en la que se había dispuesto archivar las ac-

tuaciones instruidas como consecuencia de una denuncia de hechos prohibidos por la ley 25.156, ya que la misma constituía una determinación de mérito, temperamento que, atento a su trascendencia y consecuencias, se identifica claramente con la actividad resolutoria y excede las facultades de investigación e instrucción del procedimiento que el ordenamiento le asigna a la Comisión, no pudiendo soslayarse que dentro de las potestades decisorias que competen al Secretario de Comercio se encuentra, entre otras, el archivo de las actuaciones y que no puede sostenerse –como pretende la recurrente– que el mismo haya respondido en este caso exclusivamente a razones formales: p. 1609.

COMPETENCIA FEDERAL

1. Corresponde revocar la sentencia que desestimó el planteo de incompetencia y declarar la competencia de la justicia federal si la cuestión de fondo comprende las deudas invocadas con origen en las ordenanzas municipales cuya validez fue puesta en tela de juicio por la demandada y la pretensión exige ineludiblemente determinar si el ejercicio de la facultad tributaria cuestionada invade un ámbito de competencia que es propio de la Nación ya que está comprometida la interpretación y aplicación de la exención impositiva dispuesta en el art. 12 de la ley 15.336 y si la solución de la causa depende de la aplicación e interpretación de normas de derecho federal debe tramitar en la justicia federal, siendo la competencia *ratione materiae* improrrogable por su propia naturaleza, privativa y excluyente de los tribunales provinciales, sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar esos principios: p. 1842.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

1. Corresponde declarar la competencia originaria de la Corte para entender en la causa iniciada a partir de la supuesta apropiación indebida de un teléfono celular por parte de quien es miembro de la misión diplomática del Reino Unido de Marruecos en nuestro país y, en aras de garantizar un amplio ejercicio del derecho de defensa y una pesquisa eficaz, delegar en el juez federal que previno la instrucción del sumario con el fin de que practique las diligencias de prueba pendientes de realización, absteniéndose de recibir declaración al acusado, circunstancia que de ser necesaria deberá comunicar al Tribunal para requerir la correspondiente conformidad (arts. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58 y 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas): p. 1070.

2. Corresponde declarar la competencia originaria de la Corte para entender en la causa iniciada a partir de la supuesta apropiación indebida de un teléfono celular por parte de quien es miembro de la misión diplomática del Reino Unido de Marruecos en nuestro país, delegándose en el Secretario Penal del Tribunal las facultades de investigación, con el alcance y los límites fijados en la acordada 28/93 y debiendo intervenir como secretario de actuación un Secretario Letrado del mismo, requiriéndose la conformidad para que el acusado pueda ser sometido a juicio (art. 42 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y art. 24, inc. 1º, último párrafo, del decreto-ley 1285/58) (Disidencia parcial del Dr. E. Raúl Zaffaroni): p. 1070.

3. Corresponde denegar la producción anticipada de las pruebas ofrecidas por la Provincia del Chubut al denunciar que el deficiente sistema de tratamiento de líquidos cloacales de la planta ubicada en El Bolsón, y el presunto volcado de efluentes por parte del matadero municipal, producen una grave contaminación del Río Quemquemtreu y afectan directamente a la población de Lago Puelo, si no logra acreditar que se configuren las razones de urgencia que justifiquen su admisión, en la medida en que el supuesto riesgo que se invoca –la eventual modificación del estado de cosas por parte de los futuros demandados– no sólo es conjetural e hipotético, sino que además se trata de una contingencia que en el caso de que sucediera, tornaría innecesaria la producción de las medidas ofrecidas, ya que traería aparejada la cesación del daño ambiental que se denuncia: p. 1106.

4. Para que proceda la referida competencia en los juicios en los que una provincia es parte, resulta necesario que se trate de una causa exclusivamente federal o de naturaleza civil en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria, quedando exclusivos de dicha instancia aquellos procesos que rigen por el derecho público local, requiriéndose además que la provincia revista el carácter de parte en el pleito, no sólo 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, interés que debe surgir en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Voto de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay): p. 1143.

5. Las altas razones institucionales que determinaron la consagración constitucional de la competencia originaria de la Corte –y que en el caso en que el actor con status diplomático promovió demanda de daños y perjuicios responde a la necesidad de preservar el respeto y la mutua consideración con las potencias extranjeras, otorgando a sus representantes diplomáticos una jurisdicción que les permita el cumplimiento más eficaz de sus funciones–, impide someterla al cumplimiento de requisitos previos, ya sean estos legales o administrativos, por lo que no puede admitirse el planteo solicitando que se cumpla con el trámite de mediación previa obligatorio: p. 1640.

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

1. Si la resolución que concedió el recurso extraordinario, lejos de constituir un pronunciamiento circunstanciado, categórico y dotado de unidad lógico-jurídica, ha incurrido en serios desaciertos formales y conceptuales y mediante una confusa redacción se refirió exclusivamente a un tema accesorio, como es el atinente a las costas, corresponde declarar su nulidad, al no dar satisfacción a los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se hallaba destinada, así como también la nulidad de la decisión posterior, que –ante las aclaratorias interpuestas– consideró a esta resolución “suficientemente clara”: p. 1139.

2. Corresponde declarar la nulidad de la resolución que concedió el recurso extraordinario si omitió pronunciarse sobre la observancia de los requisitos sustanciales y formales que son la presencia de una cuestión federal y la existencia del recaudo propio de sentencia definitiva, exigencia esta última que se ahondaba a fin de conciliar el estándar utilizado en esta segunda decisión para el examen sobre la concurrencia del

recaudo, con el seguido en el pronunciamiento anterior por el cual se había declarado inadmisibles los recursos de inaplicabilidad de ley, sobre la base –precisamente– de no verificarse el recaudo de impugnarse la decisión final del jurado de enjuiciamiento, exigencia que hacía pie en la doctrina de la Corte que citó y en el último fallo dictado por el Tribunal sobre la materia, que detalladamente transcribió: p. 1791.

CONCURSOS UNIVERSITARIOS

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el recurso directo deducido en los términos del art. 32 de la ley 24.521 contra la resolución 609/01 del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario si no examinó debidamente uno de los argumentos centrales desarrollados por la actora, referido al momento de fijación de los criterios de valoración de la prueba de oposición, lo cual, a su juicio ocurrió después de tomada dicha prueba y no analizó un agravio exhibido explícitamente en sede administrativa y en el recurso directo, en relación al contenido de la exposición que debía ser desarrollada en la prueba de oposición, que debía desarrollarse un tema y no una clase: p. 1412.

CONFLICTO DE COMPETENCIA

1. Si se verificó una situación de extrema gravedad pues el juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha creado *ex nihilo* el título para fundar su competencia e irrumpir en la jurisdicción correspondiente al Juzgado Federal de Quilmes, ya que la Corte había definido con precisión que en lo concerniente al proceso de relocalización de viviendas que se encuentran ubicadas en la zona ribereña de la cuenca Matanza Riachuelo resultaba competente dicho juzgado federal, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por el juzgado local, ya que las autoridades de una provincia –entre las que se encuentran los jueces locales– no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los magistrados que forman parte del Poder Judicial de la Nación: p. 1458.

CONSOLIDACION DE DEUDAS

1. Si en cuanto a la interpretación de la ley 23.982 efectuada por el *a quo* sólo se encuentra cuestionada la exclusión de los montos indemnizatorios otorgados a los menores ya que se incluyó el resarcimiento fijado a favor de los padres dentro de dicho régimen sin que fuera objeto de apelación, corresponde declarar aplicable sólo respecto a la menor que se encuentra afectada de una incapacidad visual del 100% que el régimen de pago con bonos en los supuestos en que se trate de una reparación integral que exige la atención inmediata de las afecciones de orden físico, psíquico y estético de quien reclama resulta incompatible con la garantía de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (art. 18, segunda parte, ley 25.344): p. 1361.

CONTRATO DE TRABAJO

1. Cabe dejar revocar por arbitrariedad la sentencia que rechazó la acción fundada en el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo contra una empresa de telecomunicaciones,

fundándose en que los trabajos prestados por la empleadora del actor para dicha empresa estaban comprendidos en el régimen especial de la industria de la construcción (ley 22.259), pues el *a quo* resolvió una cuestión de índole fáctica y probatoria sin atender a los trabajos efectivamente desarrollados –materia expresamente sometida a la alzada por el actor al postular que la actividad principal de la empleadora se hallaba vinculada a las telecomunicaciones y no a la construcción–, además de fundarse en una lectura parcial del estatuto social de la empleadora: p. 1897.

CONVENIO

1. Si la celebración de un convenio entre la Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires determina que carezca de objeto actual la pretensión declarativa relacionada con la sujeción tributaria de la explotación de un buque casino, un pronunciamiento referente a la subsistencia o revocación de las medidas cautelares impugnadas carecería de objeto útil, en tantos esas cautelares persiguen el aseguramiento de los efectos de un fallo que no habrá de dictarse por lo que, resultando contrario a los más elementales principios de administración de justicia mantener vivo un proceso en el que se han dictado medidas cautelares vigentes desde muy larga data, corresponde declarar abstracta la cuestión: p. 1123.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino ello no puede implicar (y tampoco lo ha indicado específicamente dicha Corte en su sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”) que la Corte Suprema deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y por la que, en virtud de reglas jurídicas vigentes y de aplicación general, se ha declarado la prescripción de la acción penal con respecto a un delito común que, de otro modo, se tornaría imprescriptible, creándose así judicialmente una tercera categoría de delitos, inexistentes tanto en el orden interno como el internacional (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay): p. 1504.

2. La Corte Suprema, como uno de los poderes del Estado argentino, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional dictada en el caso “Bueno Alves vs. Argentina” que impone, como medida de satisfacción y garantía de no repetición, la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones denunciadas, obligación que si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz, y cuya exégesis debe efectuarse en el marco de lo dispuesto por el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que posee jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda): p. 1504.

3. Con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”, corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria, dejar sin efecto el pronunciamiento que confirmó la declaración de extinción de la acción penal por prescripción y sobreseyó parcial y definiti-

vamente en orden al delito previsto por el art. 144 bis del Código Penal y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplimenten las pautas fijadas en dicho fallo: p. 1504.

COSTAS

1. Cabe hacer lugar a los agravios referentes a la imposición de las costas de la segunda instancia, deducidos por el actor al recurrir la sentencia que condenó al Estado Nacional a la reparación de daños y perjuicios que le provocó la privación de su libertad en virtud de la prisión preventiva dispuesta en su contra así como la duración irrazonable –más de veinte años– del juicio penal que se le siguió, ya que los recursos de apelación de ambas partes fueron desestimados por la cámara por lo que no parece posible sostener, como se lo hizo en el fallo, que hubiera existido una única parte vencida, y tal circunstancia, sumada a las especiales características del pleito, lleva a revocar el fallo en este aspecto y disponer que las costas se impongan en el orden causado.

–En igual sentido: “Rizikow, Mauricio c/EN-M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, sentencia de la fecha–: p. 1302.

2. Corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y confirmar la sentencia y, en atención a que la contestación del recurso no satisface los recaudos establecidos en el art. 1° del reglamento aprobado por la Acordada 4/2007, imponer las costas por su orden.

–Las juezas Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia parcial, consideran que las costas se deben imponer al vencido–: p. 1609.

3. Los agravios relativos a la imposición de costas a la demandada por el crédito fiscal reconocido, no pueden prosperar, en tanto el recurrente no logra refutar el juicio del *a quo* en cuanto califica a dicha resolución como un “reconocimiento tardío” del derecho invocado por la actora, en el importe que surge de dicho acto, y dado que el organismo recaudador dictó la mencionada resolución casi nueve meses después del pedido de pronto despacho y cuando ya estaba en conocimiento de la presentación de la demanda que dio comienzo a los autos, resulta razonable concluir que la actora se vio forzada a promover el juicio para lograr el reconocimiento de su derecho y que, por lo tanto, las costas, en el aspecto considerado, deben ser cargadas a la demandada: p. 1903.

CREDITO FISCAL

1. Cabe revocar la sentencia que –en el marco de una demanda enderezada a obtener el reconocimiento de créditos fiscales según el régimen establecido por los arts. 31 a 33 de la ley 24.073–, admitió el quebranto impositivo correspondiente al período fiscal 1985 proveniente del ajuste de valuación de bienes de cambio originado en la adquisición de un edificio, pues dada la importancia económica de la operación y la magnitud del crédito cuyo reconocimiento solicitó la actora, el criterio seguido por el organismo recaudador, en cuanto exigió la presentación de los elementos de juicio que justificasen y explicasen plena y circunstanciadamente el ajuste del valor contable de los bienes de cambio –así como el posterior rechazo ante la ausencia de tales elementos– lejos de

resultar arbitrario, importó un razonable ejercicio de las funciones que le son propias: p. 1903.

2. Cabe revocar la sentencia que –en el marco de una demanda enderezada a obtener el reconocimiento de créditos fiscales según el régimen establecido por los arts. 31 a 33 de la ley 24.073–, admitió el quebranto impositivo correspondiente al período fiscal 1985 proveniente del ajuste de valuación de bienes de cambio originado en la adquisición de un edificio, pues conforme al precedente “Sevel Repuestos S.A.” (Fallos: 324:4016), en dicho régimen la carga de probar la existencia y cuantía de los quebrantos que dan lugar al crédito fiscal pesa sobre quien pretende el reconocimiento de dicho crédito: p. 1903.

D

DAÑO AMBIENTAL

1. La configuración del presupuesto que hace surtir la competencia federal en cuestiones ambientales, debe encontrarse debidamente acreditado, en forma tal que permita afirmar que “el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales” (artículo 7, ley 25.675): p. 1143.

2. 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 corresponde disponer la remisión de las actuaciones relacionadas con las tareas relacionadas con la conservación de los bosques nativos a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta para que examine si la acción de amparo interpuesta corresponde a su competencia originaria en el marco de la previsión contenida en el art. 153, apartado II de la Constitución local o, en su defecto, para que sea asignada al tribunal provincial que resulte competente con arreglo a las disposiciones locales de aplicación: p. 1754.

3. Si la Corte alcanzó los propósitos perseguidos con la intervención asumida en el pleito iniciado a partir de la acción de amparo tendiente a que se disponga el cese de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos, corresponde que se desprenda del conocimiento de la causa, en la medida en que no corresponde a su competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional en tanto no se presenta un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción y los derechos específicos de los pueblos indígenas que se pretenden hacer valer no sólo se encuentran tutelados en la Constitución Nacional, sino que también en la norma fundamental provincial, y no se ha invocado la existencia de leyes o actos locales, claramente individualizados, que permitan concluir que la cuestión propuesta se torne predominante o exclusivamente federal: p. 1754.

4. Si paralelamente a la elaboración del estudio que determine el impacto ambiental de los desmontes y talas de bosques nativos ordenado por la Corte, el Estado provincial en ejercicio de la jurisdicción local en la materia y del dominio originario de sus recursos

naturales (arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional), ha desarrollado políticas públicas ambientales tendientes a instaurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de dichos bosques (ley 7543, decretos 2785/2009 y 2789/2009, creación de la Agencia de Areas Protegidas y de la Agencia de Bosques Nativos), ello evidencia la voluntad política del Gobierno Provincial de superar el conflicto que dio origen al proceso y demuestra un avance significativo de la legislación provincial en lo que concierne a la protección de los bosques nativos, mediante la utilización de diversos instrumentos de gestión ambiental, por lo que corresponde levantar la suspensión ordenada, al haber desaparecido el peligro de daño irreversible que determinó aquella decisión (art. 203 C.P.C.C.N.): p. 1754.

DAÑO EMERGENTE

1. Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda contra el Estado Nacional con el objeto de que se declare la ilegitimidad y nulidad de la Resolución 2/99 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación y disposiciones complementarias y que se resarciera de los daños y perjuicios derivados del dictado de dichas normas si la actora pretende que se le reconozca como “evidente” que las restricciones a la pesca de la merluza hubbsi incrementaron sus pérdidas, lo que no es admisible ya que el concepto de indemnización de perjuicios lleva implícita la realidad de éstos y, para su establecimiento judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad, extremo que no se halla cumplido en cuanto al daño emergente –reclamo vago y genérico– ni tampoco respecto del lucro cesante: p. 1074.

DAÑO MORAL

1. Resulta procedente el reclamo de daño moral, detrimento de índole espiritual que debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume –por la índole de la agresión padecida por el demandante al encontrarse presenciando un partido de fútbol– la inevitable lesión de sus sentimientos y, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir –dentro de lo humanamente posible– las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el actor, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste: p. 1821.

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

1. El decreto 410/02 –que excluyó a ciertas operaciones de la conversión a pesos establecida en el artículo 1º del decreto 214/02–, no es una norma reglamentaria de la ley 25.561, sino que fue dictada en virtud de las atribuciones excepcionales conferidas al Poder Ejecutivo Nacional por el art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, y puesto que no se ha cuestionado el cumplimiento de los recaudos constitucionales para el dictado de aquella clase de normas por parte del Poder Ejecutivo Nacional, si el recu-

rrente pretendía impugnar su constitucionalidad con sustento en que contradecía lo establecido en una norma de jerarquía superior, debió exponer cuál sería la razón para sostener que la norma cuestionada no podía establecer una exclusión no contenida en una ley anterior (la ley 25.561), o más precisamente, en otro decreto dictado con anterioridad en el ejercicio de idénticas atribuciones constitucionales (decreto 214/02), pues la nota distintiva de ese tipo de disposiciones es su contenido legislativo, y una vez que ha mediado la ratificación por parte del Congreso Nacional, el efecto de ésta es el de otorgar al decreto el carácter y la fuerza propia de la ley (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi): p. 1703.

DEFENSA EN JUICIO

1. Mal puede hablarse de falta de asistencia técnica u oportunidades de defensa cuando, aun fenecidos los plazos y con la flexibilidad necesaria para el caso, el Estado cumplió con su deber al proveer inmediatamente de un adecuado asesoramiento y resulta evidente que no puede atribuírsele la imposibilidad de acceder a recursos internos adecuados para proteger los derechos del individuo, sino que, por el contrario, han sido los acusados quienes, teniendo a su alcance la totalidad de los mecanismos que habilitaban la revisión de su condena, no ejercieron en término su derecho (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto–: p. 1673.

DEFENSOR OFICIAL

1. Teniendo en cuenta que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y que sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, corresponde dejar sin efecto lo actuado con posterioridad a la sentencia que confirmó la resolución de la instancia anterior en cuanto a la responsabilidad del Estado Nacional por la falta de servicio atribuida a raíz del homicidio de un detenido ya que, si bien el Defensor Oficial no tuvo intervención alguna en la causa a partir del dictado de la sentencia de primera instancia, el ministerio pupilar considera que tal pronunciamiento resultó favorable al interés de los niños y sólo invocó la indefensión de los menores ante el gravamen que le provocó la sentencia en cuanto revocaba la exclusión de la condena del régimen de la consolidación: p. 1081.

2. Corresponde hacer lugar al recurso de reposición interpuesto por el Defensor Oficial y revocar el anterior pronunciamiento de la Corte que declaró operada la caducidad de instancia en las actuaciones sin haberse conferido intervención previa a dicho funcionario, si sus requerimientos posteriores a esa decisión a fin de determinar el estado de salud de su representado promiscuo y las actuaciones llevadas a cabo al efecto por la Secretaría son demostración acabada de que la participación previa requerida por el Ministerio Público era estrictamente necesaria y con su intervención oportuna se habría integrado la voluntad de los padres del menor frente a su delicada situación socioeconómica: p. 1237.

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

1. La garantía de no ser sometido a un desmedido proceso penal impone al Estado la obligación de impartir justicia en forma tempestiva, de modo que existirá un obrar antijurídico que comprometa la responsabilidad estatal cuando se verifique que el plazo empleado por el órgano judicial para poner un final al pleito resulte, de acuerdo con las características particulares del proceso, excesivo o irrazonable.

–En igual sentido: “Poggio, Oscar Roberto c/ EN-M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, y “Rizikow, Mauricio c/EN-M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, sentencias de la fecha–: p. 1302.

2. El procedimiento recursivo originado en la denuncia por la comisión de infracciones en dos despachos aduaneros que se ha prolongado durante más de veintitrés años excede todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso penal por lo que, si se ordenara un reenvío a los efectos de la tramitación de un incidente de prescripción de la acción en la instancia pertinente ello no haría más que continuar dilatando el estado de indefinición en que se ha mantenido al actor, en violación de su derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (art. 18 de la Constitución Nacional y 8°, inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), por lo que corresponde que sea la Corte la que ponga fin a la causa declarando la extinción de la acción penal por prescripción, lo cual torna abstractos los agravios del Fisco Nacional.

–La jueza Carmen M. Argibay, en disidencia, consideró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 C.P.C.N.)–: p. 1264.

DERECHO AL OLVIDO

1. Cuando el artículo 26 del decreto 1558/01 fija como hito, “la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible”, esta expresión debe ser entendida como el último dato –en su sentido cronológico– que ha ingresado al archivo, registro o base de datos, en la medida en que, como reza el artículo 26 de la ley N° 25.326, se trate de datos “significativos” para evaluar la solvencia económica-financiera de los afectados, no pudiendo considerarse como última información archivada, la asentada en un registro por el sólo hecho de ser la constancia final de una serie o sucesión de datos, si –como en el caso– se trata de una mera repetición de la misma información que, sin novedad o aditamento alguno, ha sido archivada durante los meses o años anteriores: p. 1327.

2. Dado que al inicio de la acción de hábeas data se hallaba superado el plazo de cinco años previsto en el artículo 26 del decreto n° 1558/01 –reglamentario de la ley n° 25.326–, desde la fecha en que se consignó que la actora se encontraba en “situación 5” por transcurrir un año desde que las respectivas deudas de tarjeta de crédito se hicieran exigibles, corresponde suprimir dicha información de la Central de Deudores del Sistema Financiero, debiendo la demandada solicitar al Banco Central de la República Argentina que practique las modificaciones necesarias en tal sentido en la referida base de datos, en los términos de lo dispuesto por el artículo 16, segundo párrafo del decreto aludido, pero el cumplimiento de este mandato no tendrá el efecto de impedir al Banco Central la preservación de esos datos fuera del acceso público, así como su utilización para el cumplimiento de sus deberes de supervisión y control sobre las entidades

financieras, como tampoco ha de interferir en la observación de las directivas técnicas concernientes a la previsión que deben hacer las entidades financieras en respaldo de sus activos: p. 1327.

DEUDAS PREVISIONALES

1. No se configuran los extremos necesarios para la apertura de la vía extraordinaria deducida contra la sentencia que hizo lugar al planteo formulado por la demandada en el sentido de que no procede la cancelación de los servicios financieros correspondientes a los bonos de consolidación de deudas previsionales en dólares estadounidenses depositados en una cuenta comitente, toda vez que el *a quo*, durante la etapa de ejecución, se limitó a determinar los alcances de su anterior pronunciamiento en lo atinente a los títulos que quedan comprendidos en las excepciones al diferimiento de pago de la deuda pública.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1099.

2. El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que hizo lugar al planteo formulado por la demandada en el sentido de que no procede la cancelación de los servicios financieros correspondientes a los bonos de consolidación de deudas previsionales en dólares estadounidenses depositados en una cuenta comitente, procede sólo en lo que atañe a la aplicación de la ley 26.198, correspondiendo revocarla en dicho aspecto, pues no es posible extender al caso la jurisprudencia referida a su aplicación, ya que el precedente al que remitió la Cámara –“Tonelli, Pablo Gabriel” (7/9/2010)– es distinto al presente, en tanto allí se trató de la inclusión en el diferimiento de los pronunciamientos judiciales firmes emitidos contra las disposiciones de la ley 25.561, el decreto 471/02 y sus normas complementarias.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1099.

DISCAPACIDAD

1. Cabe revocar la sentencia que dejó sin efecto el beneficio que –en los términos del art. 39, inc. d) de la Ley 24.091– el juez de grado le había otorgado a la actora –persona con discapacidad– a fin de que perciba una suma para la cobertura de auxiliar domiciliario, sobre la base de considerar no acreditada la imposibilidad de la familia de pagar el costo de tal asistencia, pues frente a la finalidad de dicha ley y el derecho que le asiste a las personas con discapacidad y de edad avanzada a gozar del nivel más elevado posible de salud física y mental, sin discriminación basada en la edad o en el ingreso económico, y la urgencia en encontrar una solución acorde con la situación planteada, no parece razonable ser tan rigurosos con la exigencia indefectible de una prueba negativa que resulta de muy difícil producción –y que en todo caso debió ser aportada por la entidad obligada–, máxime siendo incuestionable que la atención de una patología como la que padece la incapaz, –reconocida expresamente por la demandada–, requiere de gastos relevantes, ineludibles e impostergables de diversa índole, sin que ello importe desconocer la obligación alimentaria que pesa sobre los parientes en el marco de los artículos 367, 372 y concordantes del Código Civil, cuya situación patrimonial y rango obligacional deberían ser demostradas por la entidad que pretende desligarse de las obligaciones que le competen.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1869.

E**EJECUCION FISCAL**

1. Cabe revocar la sentencia que rechazó la excepción de inhabilidad de título y mandó llevar adelante la ejecución del crédito por las sumas correspondientes al impuesto sobre la transferencia de combustibles y gas natural, con sus respectivos accesorios, cuyo pago había sido intimado por el Fisco en virtud del art. 7° de la ley 23.966, pues la interposición del recurso de apelación ante el tribunal administrativo fue realizada casi un año antes del libramiento de los títulos ejecutivos y del inicio de la ejecución, por lo que la deuda reclamada era inexigible ya al momento de emitirse los títulos pertinentes, razón por la que resulta arbitraria dado que el contribuyente se vio privado de la suspensión que el art. 167 de la ley 11.683 concede a la apelación del inc. b) de su art. 76, con clara lesión a su derecho de propiedad.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1101.

2. Cabe revocar la sentencia que rechazó la excepción de inhabilidad de título y mandó llevar adelante la ejecución del crédito por las sumas correspondientes al impuesto sobre la transferencia de combustibles y gas natural, con sus respectivos accesorios, cuyo pago había sido intimado por el Fisco en virtud del art. 7° de la ley 23.966, pues es impertinente el estudio realizado en el decisorio sobre si la intimación de pago realizada en razón de lo dispuesto por el art. 7° de la ley 23.966 puede equipararse a una “determinación de oficio” a los fines de su recurribilidad por la vía del art. 76 de la ley 11.683, ya que tal asunto es propio de los jueces de la respectiva causa, es decir el referido Tribunal Fiscal y los tribunales que deban entender por apelación en caso de articularse los recursos previstos por los arts. 192 y cc.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1101.

EMPLEO PUBLICO

1. Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda interpuesta con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones dictadas por el Síndico General de la Nación por las que el actor –que pertenecía a la planta permanente– fue desplazado del cargo que desempeñaba en forma transitoria en una categoría superior a la de su cargo de revista inicial y se designó a otra persona en su lugar, ya que atendiendo a la literalidad del art. 14 del Estatuto del Personal de la Sindicatura General de la Nación y de la resolución S.G.N. 30/02 no bastaría con alegar genéricamente razones operativas, de reorganización o reasignación de funcionarios, ni es correcto que la motivación de la medida no requiera que se evaluara de modo expreso y exhaustivo la idoneidad personal y profesional del interesado, ya que, por el contrario, habría que especificar cuál sería el motivo concreto por el que no es posible mantener transitoriamente al agente hasta tanto se cumpla la condición a la que se sujetó el nombramiento.

–Los jueces Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Carmen M. Argibay, en disidencia, desestimaron el recurso extraordinario por considerarlo inadmisibles (art. 280 C.P.C.C.N.)–: p. 1909.

ENERGIA ELECTRICA

1. Cabe confirmar la sentencia que rechazó la demanda interpuesta por la empresa distribuidora y comercializadora de energía eléctrica contra la Municipalidad de Pilar (Provincia de Buenos Aires) con el objeto de que se procediera a declarar la inconstitucionalidad de la ordenanza 18/02, la cual impone la obligación –en un tiempo no mayor de 120 días desde su promulgación– de reemplazar los postes de madera que sostienen transformadores eléctricos por columnas de hormigón, pues no puede desconocerse las facultades que en el caso particular del derecho ambiental corresponden a cada una de las provincias y al Estado Nacional, sin que se advierta que las disposiciones cuestionadas –al regular aspectos que hacen a la seguridad y salubridad de los ejidos y protección del ambiente–, esté en pugna con las normas federales que reglan los aspectos técnicos de los servicios de energía eléctrica –cuya competencia es exclusiva de las autoridades nacionales–.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1113.

2. Cabe rechazar la demanda deducida contra el Estado Nacional a fin de que se declare la nulidad absoluta e insanable de las resoluciones que dispusieron que debía facturarse la tarifa por la prestación de la FTT –función técnica de transporte de energía eléctrica– de acuerdo con lo dispuesto en las normas federales, pues carece de relevancia que las redes por donde se desarrolla el transporte pertenezca al sistema eléctrico de la Provincia porque, para hacer surtir la competencia nacional, lo determinante es tanto la calidad de las personas involucradas –agentes del Mercado Eléctrico Mayorista nacional– como la materia en disputa, es decir, las condiciones en que se presta el servicio técnico de transporte: p. 1580.

3. Todo Gran Usuario, cualquiera sea su ubicación territorial, en cuanto contrata su abastecimiento con un generador en el MEM para ser ejecutado a través del SADI (artículo 35 de la ley 24.065, artículo 10 del decreto 1398/92 y artículos 6° y 7° de la resolución S.E. 137/92), está sometido a la jurisdicción federal y como cualquier otro agente de ese mercado, debe actuar de conformidad con las normas dictadas a tal efecto por la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación (artículo 6° del decreto 186/95): p. 1580.

4. Lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco regulatorio federal incorporado al concepto abarcativo que supone la interpretación del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional, y en esa inteligencia el Congreso dictó las leyes 15.336 y 24.065 en el ejercicio de su competencia para legislar sobre la planificación, las pautas generales y la ordenación de la política energética, facultades que inspiran el régimen legal vigente y se justifican si se advierten las modalidades asumidas por la explotación de la energía que integra, en el llamado Sistema Argentino de Interconexión, los puntos de generación y consumo que puedan originarse en distintas jurisdicciones: p. 1580.

ENTIDADES FINANCIERAS

1. Cabe revocar la sentencia que desestimó los recursos directos interpuestos contra la resolución de la Superintendencia por la que se impuso la sanción de multa al haber hallado responsables de acuerdo a lo previsto en el artículo 41 inciso 3° de la Ley de

Entidades Financieras –n° 21.526–, a los actores a raíz de su desempeño, pues la recta interpretación de dicha norma conduce a sostener que sólo aquello previsto como infracción puede ser pasible de una respuesta sancionatoria y no aquello “presupuesto” como falta establecida por la norma, razón por la cual, el alcance que el *a quo* le dio a la potestad referida –al convalidar el que fue adoptado por la Superintendencia–, entraña una abierta extralimitación a las facultades de que goza la entidad oficial, toda vez que la condena que prescinde de la adecuada subsunción de la conducta en la infracción prevista en la norma complementaria –comunicación del Banco Central de la República Argentina– ha sido vedada por el legislador, quien requiere la configuración de “infracciones” expresamente previstas en la ley de entidades financieras, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central: p. 1241.

2. Cabe confirmar la sentencia que desestimó los recursos directos interpuestos contra la resolución de la Superintendencia por la que se impuso la sanción de multa al haber hallado responsables de acuerdo a lo previsto en el artículo 41 inciso 3° de la Ley de Entidades Financieras –n° 21.526–, a los actores a raíz de su desempeño, pues la operatoria llevada a cabo por los recurrentes, en tanto implicó un aumento de capital sin la debida contribución efectiva de fondos, se traduce en una afectación de la confianza pública que deben merecer las operaciones financieras y que el Banco Central de la República Argentina tiene el deber de preservar (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay): p. 1241.

3. La exigencia contenida en la comunicación “A” 1858 del B.C.R.A., punto 4, subpunto 3.4, referente a que los aportes de capital se realicen exclusivamente en efectivo, debe ser interpretada “cuando se trata de un supuesto de aumento de capital”, en el sentido de que dichos aportes deben constituir una efectiva capitalización, es decir, un incremento real del capital social, por lo que atribuir a la norma en examen el sentido de que sólo exige que los aportes se realicen “con monedas o billetes” –siguiendo una interpretación estrictamente literal de la expresión “en efectivo”–, constituye una interpretación inaceptable, pues lleva a la absurda conclusión de que las entidades financieras podrían disponer un aumento de capital que en realidad no sería tal, en la medida en que podría ser efectivizado mediante simples movimientos contables, y se trataría de un aumento de capital ficticio o sólo aparente, dado que no se registraría un ingreso efectivo y real de dinero (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay): p. 1241.

ESTAFA

1. Si bien las cuestiones que remiten al examen de circunstancias vinculadas con hechos, prueba y la aplicación del derecho procesal, en principio son ajenas al conocimiento del Tribunal por vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48, dicha regla admite excepciones cuando se invoca la doctrina de la arbitrariedad, por lo que corresponde hacer excepción a tal principio toda vez que el temperamento adoptado por el *a quo* –al condenar al imputado como autor del delito de estafa a la pena de dos años de prisión, cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso, e inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía por el término de cuatro años–, persistió en el defecto de no ofrecer una respuesta satisfactoria del reclamo, ya que el rechazo de sus pretensiones fue motivado con fundamentos aparentes: p. 1644.

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó el reclamo del actor –que mantuvo con el causante, de idéntico sexo, una relación de convivencia pública en aparente matrimonio– con fundamento en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo que reconoce a los beneficiarios con derecho a pensión del régimen previsional, el pago de una indemnización tarifada para el caso del fallecimiento del trabajador, pues dicha reparación tiende a paliar la situación de desamparo de la familia del trabajador fallecido, originada por la pérdida de los ingresos con que éste subvenía sus necesidades, situación asimilable –en dicho aspecto– a las prestaciones de la seguridad social que fueron objeto de tratamiento en el precedente P. 368. XLIV “P.A. c/ ANSES s/ pensiones”, del 28/6/2011: p. 1622.

EXTRADICION

1. Corresponde declarar improcedente el pedido de extradición formulado por la República de Francia respecto del imputado por los delitos de complicidad en la detención ilegal seguida de torturas, pues dicha solución –a la luz de las circunstancias actuales–, lejos de violentar las obligaciones emergentes en el ámbito de la extradición frente a delitos de esta índole refuerza el sistema en el que está inserto este instituto, ya que si bien la extradición se presenta como un importante instrumento de colaboración entre los Estados para erradicar la impunidad mediante el juzgamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, ello no puede constituir una renuncia del Estado para cumplir con amplio alcance sus propias obligaciones internacionales *erga omnes* contra la impunidad mediante el deber de “investigar” y “sancionar” a los responsables en relación a todas y cada una de las víctimas: p. 1063.

2. Corresponde declarar improcedente el pedido de extradición formulado por la República de Francia respecto del imputado por los delitos de complicidad en la detención ilegal seguida de torturas, pues al no subsistir en las circunstancias actuales, ninguno de los condicionamientos materiales a los que la ley 24.767 sujeta la procedencia del pedido de extradición en supuestos en que el delito que motiva la solicitud extranjera “cayere también bajo la jurisdicción argentina”, tiene plena operatividad la regla de preferencia que, a favor de la jurisdicción de la República Argentina, consagra el sistema legal (art. 5º, último párrafo): p. 1063.

3. Corresponde declarar improcedente la extradición solicitada si, más allá de la relación que pudiera existir entre la “Fiscal Estatal Asistente” del Estado de Florida que prestó declaración bajo juramento y la “autoridad ejecutiva” del Estado requirente, lo cierto es que ello no basta para interpretar que las Partes Contratantes se hayan apartado del principio convencional de que sea el “Estado” requirente quien brinde la “garantía” exigida por el art. 6º del tratado aplicable (ley 25.126), a través de su representación diplomática acreditada en el país, quien representa al Estado Federal en sus relaciones internacionales según prescribe el artículo 3.1.a. de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por decreto-ley 7672/63, ratificado por ley 16.478, sin perjuicio de que, más allá de la problemática en punto a la “autoridad” competente para brindar la “garantía” en cuestión, ésta debe recaer, desde un punto de vista material, sobre la “no imposición” o, en su caso, “no ejecución” de la pena de muerte,

siendo insuficiente para ello el compromiso de que “no se solicitará la pena de muerte” (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay y disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni): p. 1659.

4. Corresponde suspender en un plazo de treinta días la decisión sobre la procedencia de la extradición para someter al requerido a proceso por el cargo de “asalto a mano armada”, a fin de que el país requirente informe si la pena de “cadena perpetua” que eventualmente se le impondría admite alguna posibilidad de libertad, ya que si se tratase de una pena privativa de libertad realmente perpetua, resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, ya que se lesiona la intangibilidad de la persona humana en cuanto genera graves trastornos de la personalidad (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni): p. 1659.

5. Corresponde confirmar la resolución en cuanto declaró procedente la extradición si la declaración bajo juramento acompañada a los fines de las “garantías” del art. 6° del tratado aplicable (ley 25.126) procede de la funcionaria que tiene a su cargo la persecución de personas acusadas de violaciones penales de las leyes del Estado de Florida y quien en tal carácter describe y presenta los cargos y elementos de prueba en contra del requerido y, en este sentido, la ausencia de una explícita “ratificación” de lo manifestado por la fiscal por parte del Departamento de Estado norteamericano en modo alguno puede ser interpretada como una actitud prescindente de las condiciones en que se formula el requerimiento: en el contexto de un tratado suscripto con un país que no admite la pena de muerte: p. 1659.

6. Cabe revocar la resolución que no hizo lugar a la extradición solicitada por la República del Paraguay para que el imputado sea sometido a proceso por el delito de estafa, pues el magistrado dictó la resolución de improcedencia sin haber ordenado la citación a juicio ni completado el juicio de extradición conforme a las reglas que para el proceso correccional establece el artículo 30 del código de forma aplicable, y en tales condiciones el trámite no se ajustó a derecho: p. 1920.

F

FACTOR DE CONVERGENCIA

1. Cabe revocar la sentencia que confirmó lo decidido por la Dirección Nacional de Aduanas al rechazar la solicitud de devolución de lo pagado en dólares por la actora en virtud del factor de convergencia establecido por el decreto 803/01 –régimen transitorio para comercio exterior–, al realizar la importación para consumo documentada, pues no puede sostenerse que tal contribución goce de cobertura legal suficiente, ya que la ley 24.425 –invocada en los “vistos” del decreto– no crea detracción patrimonial coactiva alguna ni autoriza su creación, y tampoco ello está contemplado en la órbita competencial habilitada para el Poder Ejecutivo Nacional por el inc. 1° del art. 99 de la Constitución Nacional.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1198.

2. Cabe revocar la sentencia que confirmó lo decidido por la Dirección Nacional de Aduanas al rechazar la solicitud de devolución de lo pagado en dólares por la actora en virtud del factor de convergencia establecido por el decreto 803/01 –régimen transitorio para comercio exterior–, al realizar la importación para consumo documentada, pues la norma impugnada tiene un defecto de origen y resulta írrita del principio de reserva legal al contradecir los arts. 4º, 17, 52, 75 inc. 1º y 2º, y 99 inc. 3º de la Constitución Nacional, hallándonos frente a un tributo que, más allá de su encuadramiento infraconstitucional, ha sido establecido mediante un mecanismo que se halla a extramuros de la única forma que la Carta Magna prevé, es decir, mediante una ley formal.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1198.

G

GARANTIAS CONSTITUCIONALES

1. El diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso: p. 1387.

H

HABEAS DATA

1. Del texto del artículo 26 del decreto n° 1558/01, en relación a las obligaciones que no han sido extinguidas, surge que el plazo de cinco años, durante el cual se puede archivar la información, debe ser contado “...a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible”, y la imprecisión o poca claridad que exhibe dicha norma reglamentaria –cuya constitucionalidad no ha sido impugnada– acerca del momento en que comienza a correr aquel plazo, debe subsanarse mediante una interpretación que, sin excluir su literalidad, se ajuste estrictamente a la voluntad del legislador que dictó la ley 25.326, evitándose toda inteligencia que en los hechos implique una postergación sine die, o una excesiva tardanza en el inicio del cómputo del plazo que se examina, puesto que ello se opone al declarado propósito de lograr una reinserción del afectado en el circuito comercial o financiero: p. 1327.

2. Cabe confirmar la sentencia que dispuso que la entidad financiera demandada cancele la información que luce en sus registros referente al actor –deudas por saldo impago de tarjeta de crédito– y comunique tal circunstancia al Banco Central de la República Argentina a los efectos que sea dado de baja en la central de deudores del sistema financiero, pues no resulta del texto de la ley 25.326 –ni puede inferirse de su géne-

sis— que el plazo de cinco años deba quedar pospuesto mientras la deuda sea exigible por no haberse operado a su respecto la prescripción, si precisamente la intención del legislador ha sido consagrar un plazo más breve que el que se había sugerido originariamente (de 10 años), y que había obedecido a la finalidad de hacerlo coincidir con el plazo de prescripción: p. 1327.

3. Resulta incorrecta la interpretación de la cámara en el sentido de negar la aplicación del art. 26, punto 4, de la ley 25.326 a la acción de hábeas data iniciada por el actor a fin de que se elimine la información sobre su carácter de deudor incobrable sobre la base de considerar que las deudas eran aun exigibles por no haberse cumplido con el pago respectivo y no haber transcurrido el plazo de prescripción que pudiera liberarlo de su carácter de deudor, ya que no resulta del texto de la ley —ni puede inferirse de su génesis— que el plazo de cinco años deba quedar pospuesto mientras la deuda sea exigible, habiendo sido la intención del legislador consagrar un plazo más breve (de 5 años) que el originariamente propuesto (de 10 años) y que había respondido al propósito de hacerlo coincidir con el plazo de prescripción: p. 1276.

4. Cabe revocar la sentencia que rechazó la acción de hábeas data deducida contra el Banco Central de la República Argentina y a la entidad bancaria que le comunicó la información adversa relativa a su condición de deudor incobrable, con el objeto de que éste último brinde adecuada información acerca de los datos que envía a aquella entidad en relación con la Central de Deudores del Sistema Financiero y que se elimine la información de morosidad, fundando el pedido en el artículo 43 de la Constitución Nacional y artículo 26, inciso 4º, de la ley 25.326, pues la ley ha consagrado el derecho del afectado a exigir que —transcurrido cierto tiempo— los datos significativos para evaluar su solvencia económica-financiera no sean mantenidos en las bases de datos ni difundidos, con el objeto de que el individuo no quede sujeto indefinidamente a una indagación sobre su pasado: p. 1276.

HOMICIDIO

1. Si el superior tribunal provincial se negó a revisar una serie de aspectos de la sentencia condenatoria que la defensa de la imputada le había sometido a estudio y esa negativa no se fundó ni en la omisión de la parte de plantear esas cuestiones ni en que la revisión sea imposible de hecho, sino en que tales asuntos resultarían ajenos a la instancia casatoria, el derecho del imputado a someter a revisión la decisión condenatoria en su contra no ha sido debidamente garantizado y la decisión que rechazó el recurso de casación debe ser revocada (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).
—Del precedente “Salto” (Fallos: 329:530) al que remitió el voto—: p. 1204.

2. Cabe dejar sin efecto la sentencia que denegó el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia que la condenó a doce años de prisión por homicidio simple de su conviviente y padre de sus hijos, pues la Corte local no cumplió con las pautas de revisión y control de las condenas que surgen de la doctrina establecida por la Corte Suprema en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3399), ya que obvió o no consideró debidamente elementos probatorios esenciales para resolver el recurso, como obviar a circunstancia clave para dilucidar el estado físico, en los momentos inmediatamente

posteriores al homicidio, de una imputada que decía haber matado sin querer cuando se defendía de una golpiza, lo que no fue analizado ni valorado en su digna dimensión. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1204.

I

IMPORTACION

1. Corresponde revocar la sentencia que consideró que las Resoluciones 1506/98 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y 837/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería resultaban meras modificaciones a lo dispuesto inicialmente en la Resolución 987/97 del ministerio nombrado y que, por ende, se hallaban eximidas del procedimiento del decreto 1059/96, reglamentario de la ley 24.425 (Acuerdo de Marrakech), en especial de sus títulos II y III, como así del art. 29, ya que las medidas originalmente tomadas por la resolución 987/97 fueron modificadas de forma notoria por su similar 1506/98, involucrando la adopción de nuevas disposiciones de salvaguarda, hecho que obligaba a seguir los pasos internacionalmente convenidos para su fijación. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1406.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

1. Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda considerando que la venta del inmueble no reunía el requisito previsto por el art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, consistente en que la entidad continuadora debía proseguir la actividad de la empresa reestructurada u otra vinculada, si el Banco demandante no logró acreditar el desarrollo de la actividad constructora e inmobiliaria alegada, por lo que la venta del inmueble no puede considerarse incluida en un proceso de reorganización, máxime teniendo en cuenta que la empresa constructora le transfirió su dominio el mismo día en que el Banco se lo vendió a otra empresa, quedando sin asidero los argumentos relativos a la supuesta actividad inmobiliaria de la entidad bancaria: p. 1808.

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

1. Cabe confirmar el ajuste fiscal por el impuesto al valor agregado a abonar por la empresa concesionaria de automóviles, cuya operatoria consiste en comercializar vehículos de fábrica mediante la suscripción a su nombre y cargo de planes de ahorro previo que cede a sus clientes en oportunidad de adjudicarse las unidades, pues la apelante no sólo no ha logrado demostrar que realice dos operaciones diversas e independientes –la venta del automóvil por un lado y la cesión de un derecho cualquiera por el otro– que justifiquen su tratamiento fiscal individual y diferenciado, sino que tampoco ha refutado eficazmente el argumento de la sentencia apelada consistente en que la citada ‘dife-

rencia' constituye "un sobreprecio que paga el cliente a la actora por recibir el vehículo inmediatamente" lo que pone en evidencia la clara vinculación de los conceptos que integran el precio final de venta de los vehículos así comercializados: p. 1182.

2. Cabe confirmar las resoluciones que establecieron la responsabilidad solidaria de los directores de la sociedad anónima actora, respecto del impuesto al valor agregado, pues el estado concursal de la sociedad no desobligó a sus directores –como pretende el *a quo*–, dado que la determinación de oficio practicada está referida al impuesto por períodos fiscales durante los cuales tanto la sociedad como sus directores se encontraban legalmente habilitados para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones fiscales, y de acuerdo con el art. 15 de la ley 24.522 el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico: p. 1231.

3. Cabe confirmar el ajuste fiscal por el impuesto al valor agregado a abonar por la empresa concesionaria de automóviles, cuya operatoria consiste en comercializar vehículos de fábrica mediante la suscripción a su nombre y cargo de planes de ahorro previo que cede a sus clientes en oportunidad de adjudicarse las unidades, pues la forma jurídica empleada por la actora para dicha comercialización resulta inadecuada bajo el principio de la realidad económica –conf. arts. 1° y 2° de la ley 11.683, t.o. 1998–, en tanto del examen de la citada operatoria surge que a partir de la adjudicación, facturación y entrega del automóvil a ella, ésta se convierte en propiedad del bien y al transferirlo al cliente está realizando una venta alcanzada por el impuesto, que documenta con la respectiva factura, debiendo considerarse "como base imponible la suma de valores facturados y los importes contabilizados como 'cesión de créditos'": p. 1182.

4. Si la actora ha abonado el gravamen correspondiente a sus adquisiciones, pagándolo junto con el precio, en la forma en que la propia ley del impuesto al valor agregado lo ha dispuesto –vale decir al proveedor–, ello le genera el derecho a tomar tal suma de dinero como "crédito fiscal", atado a las vicisitudes de la operatoria comercial que le sea propia pero en la mayoría de los casos le permitirá sustraer esa suma ya pagada de su correspondiente "débito fiscal", originado éste con la venta de sus productos o la prestación de sus servicios a terceros, lo que no quita que pueda surgir el derecho al reintegro de ese "crédito fiscal" abonado con el precio de sus insumos, al haber exportado las mercaderías con ellos fabricadas.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1854.

5. Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda y ordenó el reintegro del IVA correspondiente, pues el Fisco, al haber constatado tanto la falta de presentación de las declaraciones juradas como el pago del tributo por parte de alguno de los proveedores de la actora –con independencia de debatido con respecto al derecho al reintegro de la accionante– debió haber puesto en ejercicio las potestades y facultades conferidas por el ordenamiento –en particular, las de los arts. 33, 35 y cc. de la ley de rito fiscal–, para lograr dilucidar la auténtica situación tributaria de aquéllos, y perseguir el cobro de la acreencia que le correspondiera, tal como lo obliga la Constitución Nacional en cuanto recaudador de las rentas públicas (arts. 99, inc. 10, y 100, inc. 7°) sin que pueda admitirse, como indebidamente lo pretende, involucrar a un tercero en violación al principio de reserva de ley en materia tributaria.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1854.

IMPUESTO DE SELLOS

1. Corresponde declarar improcedente la pretensión fiscal referida al impuesto de sellos de la Provincia de Buenos Aires con relación al permiso de concesión para realizar en forma exclusiva el servicio público de transporte ferroviario, ya que –teniendo en cuenta que la autoridad concedente no fue la provincial ni municipal sino el Poder Ejecutivo Nacional– constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el mismo hizo (incs. 13 y 18 del art. 75 de la Constitución Nacional) e importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga a dicho servicio público, lesionando palmariamente el principio de supremacía legal del art. 31 de la Constitución Nacional.

–Del precedente “Línea 22 S.A. c/Buenos Aires, Provincia de” (Fallos: 333:538), al que remite la Corte–: p. 1626.

2. No corresponde gravar con impuesto de sellos local al contrato de concesión para la prestación en forma exclusiva del servicio de transporte ferroviario de pasajeros, pues se trata de una concesión otorgada por la autoridad nacional, que resulta excluida de la normativa provincial (ley 11.484 de la Provincia de Buenos Aires) que sólo comprende a las concesiones otorgadas por la autoridad administrativa, provincial o municipal.

–Del precedente “Aguas Argentinas S.A.” (Fallos: 331:310), al que remite la Corte–: p. 1626.

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS

1. Cabe rechazar la demanda deducida contra la Provincia de Entre Ríos a fin de que se declare la procedencia del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral con relación a la deuda tributaria por impuesto sobre los ingresos brutos determinada por la Dirección General de Rentas local, y como consecuencia de ello, la inconstitucionalidad del rechazo de su aplicación efectuado por la demandada, pues la actora no demuestra –como era su carga hacerlo para la aplicación del Protocolo que invoca– que la base imponible reclamada por la provincia ha sido atribuida a otras jurisdicciones en exceso, de forma tal que no existe omisión en la base imponible atribuible a todas las provincias durante los períodos en litigio (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

–En igual sentido A 697 XXXIX “Argencard S.A. c/ Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa”, sentencia de la fecha–: p. 1472.

2. Cabe hacer lugar a la demanda deducida contra la Provincia de Entre Ríos a fin de que se declare la procedencia del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral con relación a la deuda tributaria por impuesto sobre los ingresos brutos determinada por la Dirección General de Rentas local, y como consecuencia de ello, la inconstitucionalidad del rechazo de su aplicación efectuado por la demandada, y ordenar la devolución de los montos ingresados por la empresa en dicho concepto, pues el Estado provincial ha incumplido con las prescripciones del protocolo, y de ese modo con la obligación asumida en el régimen de coparticipación federal de impuestos (ley 23.548, artículo 9º, inc. d), ya que si la provincia hubiera realizado los pasos necesarios para la aplicación de aquél, esto es la notificación prevista en el punto 2 del artículo 1º, el actor, aun en el caso en que su reclamo hubiese sido desestimado vía conformidad del fisco ajeno como por hipótesis plantea la demandada, no habría debido pagar en efectivo como lo hizo,

sino mediante los documentos de crédito que prevé al efecto el artículo 2° del PACM, esto es un sistema de compensación.

–En igual sentido A 697 XXXIX “Argencard S.A. c/ Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa”, sentencia de la fecha–: p. 1472.

3. Dado que el Estado provincial ha incumplido con las prescripciones del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral, y de ese modo con la obligación asumida en el régimen de coparticipación federal de impuestos (ley 23.548, artículo 9°, inc. d), cabe ordenar la devolución de los montos ingresados por la empresa en concepto de impuesto a los ingresos brutos, con más los intereses que se computarán desde la oportunidad en que fue percibido hasta el efectivo pago, a la tasa pasiva promedio que aplica mensualmente el Banco Central de la República Argentina (conf. causa S. 457. XXXIV “Serenar S.A.”, del 19/8/2004, entre otras).

–Los Dres Lorenzetti y Petracchi, en disidencia parcial, y remitiéndose a la disidencia en el citado precedente “Serenar”, consideraron que los intereses debían calcularse a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina–.

–En igual sentido A 697 XXXIX “Argencard S.A. c/ Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa”, sentencia de la fecha–: p. 1472.

IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES

1. Si el contribuyente no controvertió el fundamento de la AFIP para acudir al método de estimación de oficio de la materia imponible, corresponde confirmar las determinaciones tributarias practicadas sobre impuesto al valor agregado y ganancias, ya que de las constancias de autos no surge que aquél haya logrado demostrar que el método indiciario adoptado por el organismo recaudador resulte irrazonable o que presente errores o inconsistencias que lleven a descalificarlo: p. 1193.

INDEMNIZACION

1. Corresponde hacer lugar al agravio referido a los importes de la condena impuesta a raíz de los daños que la actora dijo haber sufrido con motivo del accidente mortal de su madre ocurrido mientras se desempeñaba como empleada del servicio doméstico de los demandados, si las referencias o alusiones que contiene, por su excesiva latitud, no permiten de manera alguna explicar cómo se arribó a dichos importes, máxime cuando se los consideró debidos desde la fecha del deceso (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni): p. 1815.

J

JUECES

1. Corresponde confirmar el pronunciamiento que rechazó la demanda iniciada por una secretaria de un juzgado civil –a cargo de una secretaria contencioso administra-

tiva en virtud de la Acordada de la Corte N° 11/02– contra el Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación) por el cobro de diferencias salariales en razón de la mayor carga laboral por hacerse cargo de la tramitación de las denominadas “causas del corralito” ya que, más allá de la justicia o no del reclamo, no existe legislación hoy que permita encuadrarlo para hacerle lugar y el intento por normarlo en el ámbito del Consejo de la Magistratura no tuvo éxito (Plenario del 10 de junio de 2004).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1426.

L

LIBERTAD DE EXPRESION

1. Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida contra una editorial, a raíz de la lesión al honor que le habría provocado al actor una noticia difundida, que lo identificaba como una persona detenida por la Policía Federal, acusado de la comisión de un delito, pues tanto la entidad de la fuente de origen como la de la agencia de noticias encargada de reproducir aquélla, fueron aptas para justificar la creencia del demandado acerca de la veracidad de la información, y la atribución sincera y de buena fe de la noticia a una fuente, unida a la posterior rectificación en la que se expresa que el hermano del actor era la persona involucrada en la causa, constituyen circunstancias suficientes para eximir de responsabilidad al demandado.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1714.

LIBERTAD DE PRENSA

1. Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por los hijos y la madre de uno de los socios fundadores de un diario –quien falleciera al poco tiempo de la venta del mismo– contra un periodista por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido con motivo de un libro de su autoría, en el que se aludió al suicidio de aquél, pues aun cuando se admitiera que el contexto informativo presentaba un interés público o general –el demandado sostuvo que la información sobre el fallecimiento tenía relación con la investigación acerca de la creación, fundación y crecimiento de un diario de reconocida circulación, tiraje y alcance nacional– no se advierte cuál es la conexión que el supuesto suicidio pudo tener con dicho escenario, tornándose innecesario determinar si la doctrina de la real malicia es aplicable o no, cuando la información falsa aparece publicada en un libro (Disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni): p. 1722.

2. Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por los hijos y la madre de uno de los socios fundadores de un diario –quien falleciera al poco tiempo de la venta del mismo– contra un periodista por los daños y perjuicios que dicen haber

sufrido con motivo de un libro de su autoría, en el que se aludió al suicidio de aquél, pues se examinan los efectos que sobre la vida privada y los sentimientos de los actores tuvo la falsa noticia acerca del fallecimiento, claramente desvinculada de un asunto de interés público o general, para cuya reparación es suficiente la prueba de que el periodista demandado ha obrado con “simple culpa”, lo cual ha quedado demostrado, sin que el recurrente haya logrado refutar los sólidos fundamentos desarrollados por la alzada en dicho punto (Disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni): p. 1722.

3. Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por los hijos y la madre de uno de los socios fundadores de un diario –quien falleciera al poco tiempo de la venta del mismo–, contra un periodista por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido con motivo de un libro de su autoría, en el que se aludió al suicidio de aquél, pues el *a quo* ha soslayado el examen constitucional que el caso exigía y que fue invocado por el autor del libro durante todo el pleito con el objeto de demostrar que la afirmación errónea publicada merecía inmunidad de conformidad con los términos de la doctrina de la real malicia y, en consecuencia, la alzada ha tomado una decisión sin atender a las pautas que la Corte ha determinado al interpretar la libertad de expresión y prensa establecida en el art. 14 de la Constitución Nacional: p. 1722.

4. Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por los hijos y la madre de uno de los socios fundadores de un diario –quien falleciera al poco tiempo de la venta del mismo– contra un periodista por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido con motivo de un libro de su autoría, en el que se aludió al suicidio de aquél, pues la alzada se limitó a afirmar de un modo dogmático que la doctrina de la “real malicia” se aplicaba a la prensa escrita, oral, televisiva, etc. pero no a los libros, porque en estos el autor cuenta con tiempo y elementos suficientes para meditar y revisar lo que escribe, interpretación ésta que no condice con la amplitud de la teoría receptada por el Tribunal, que al aludir a la “real malicia” se refiere a datos no veraces propalados por la prensa escrita, oral o televisa, sin establecer salvedad alguna: p. 1722.

5. Cuando se cita la fuente, quien difunde la noticia no se hace cargo de su veracidad, no la hace propia, ni le agrega fuerza de convicción, pues de otro modo, se vería seriamente afectado el ejercicio del derecho garantizado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1714.

6. Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda interpuesta por los hijos y la madre de uno de los socios fundadores de un diario –quien falleciera al poco tiempo de la venta del mismo– contra un periodista por los daños y perjuicios que dicen haber sufrido con motivo de un libro de su autoría, en el que se aludió al suicidio de aquél, dado que asiste razón al demandado en cuanto sostiene que la información publicada sobre el fallecimiento tuvo relación con la investigación acerca de la creación, fundación y crecimiento del diario como un medio gráfico de comunicación social de reconocida circulación, tiraje y alcance nacional, circunstancia que basta para concluir que lo informado por el periodista en su libro presenta un interés público o general y que el relato de la forma en que falleciera aquél resulta conducente para describir la forma cómo se habría originado uno de los diarios de mayor difusión nacional (Voto de la jueza Highton de Nolasco): p. 1722.

M**MEDIO AMBIENTE**

1. Tratándose de cuestiones atinentes al ejercicio del poder de policía ambiental, que se relacionan directamente a las particulares características de las zonas donde se utilizan agroquímicos, a las condiciones de aplicación, a la capacitación de los aplicadores y a la gestión de los residuos de envases, entre otras circunstancias de índole netamente local, en virtud de la incompetencia de la Corte para entender en el caso por vía de su instancia originaria, la demandante deberá interponer sus pretensiones ante las jurisdicciones que correspondan, según la persona que, en uno u otro caso, opte por demandar: ante la justicia federal de serlo el Estado Nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a las provincias, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también pueden comprender estos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del artículo 14 de la ley 48: p. 1143.

2. El hecho de que la demandante sostenga que la causa concierne a normas de naturaleza federal, no funda *per se* la competencia originaria del Tribunal en razón de la materia, pues esta jurisdicción procede tan sólo cuando la acción entablada se basa –directa y exclusivamente– en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa, pero no cuando se incluyen también temas de índole local y de competencia de los poderes locales, como son los atinentes a la protección ambiental en las provincias afectadas: p. 1143.

3. Resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte, el proceso atinente al ejercicio del poder de policía ambiental, relacionado directamente a las particulares características de las zonas donde se utilizan agroquímicos, a las condiciones de aplicación, a la capacitación de los aplicadores y a la gestión de los residuos de envases, entre otras circunstancias de índole netamente local, pues la sociedad actora no logró probar cuál sería el recurso natural de carácter interjurisdiccional que se encontraría presuntamente afectado y tampoco delimitó los suelos que estarían eventualmente contaminados, sino que sólo hizo una referencia genérica de que el problema que expuso lo tienen las tres provincias que citó en las que se desarrolla actividad agrícola-ganadera, sin conseguir encuadrar la cuestión debatida en los términos del art. 7° de la ley 25.675 General del Ambiente (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto–: p. 1143.

4. Corresponde declarar la incompetencia de la Corte para conocer en la demanda tendiente a que se suspenda un llamado a licitación pública internacional de dos represas hidroeléctricas sobre el río Uruguay, que es un recurso interjurisdiccional, respecto del cual le atribuyen responsabilidad al Estado Nacional por haber omitido realizar los estudios de impacto ambiental correspondientes, si el alcance de la pretensión no permite atribuirle a la Provincia de Misiones el carácter de parte adversa, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional el sujeto pasivo legitimado que integra la relación jurídica sustancial, en tanto es el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado, en el supuesto de admitirse la demanda.

–Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite–: p. 1342.

MUNICIPALIDADES

1. Los principios que sirven para deslindar las competencias del Estado Nacional y de las provincias también se extienden a los municipios y las prerrogativas de aquéllos derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen, por aplicación de los principios que surgen de los arts. 50, 121 y 123 de la Constitución Nacional.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1113.

N

NON BIS IN IDEM

1. La sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria; el juicio de reenvío para el imputado absuelto constituye un nuevo juicio, básicamente idéntico al primero, en el que su honor y su libertad vuelven a ponerse en riesgo y ello es suficiente para que la garantía del *non bis in idem* impida al Estado provocarlo.

–Del precedente “Sandoval” (Fallos: 333:1687), al que remitió la Corte Suprema–: p. 1882.

2. La regla adoptada por el *a quo* que establece un supuesto de *ne bis in idem* que impide el reenvío contenido en el artículo 451 del Código Procesal Penal de la Nación cuando el defecto que generó la absolución fuera consecuencia de un error del Estado, se aparta del “principio primario de sujeción de los jueces a la ley, con arreglo al cual no deben sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia, en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad (Disidencia de los jueces Highton de Nolasco y Raúl E. Zaffaroni).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–: p. 1882.

3. Cabe descalificar como acto jurisdiccional válido la sentencia que hizo lugar al agravio relativo al *non bis in idem* oportunamente introducido por la defensa, pues se sustenta en afirmaciones dogmáticas y en fundamentos aparentes, todo ello con grave menoscabo de los derechos constitucionales invocados, que no se muestra como una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias comprobadas de la causa, y en tales condiciones, la convalidación de una sentencia arbitraria absolutoria es más grave aún si se tiene en cuenta que esa anomalía evidencia la omisión del ejercicio de facultades propias del tribunal concernientes a la mejor averiguación de los hechos que se reconocen de interés para la apreciación de la responsabilidad del imputado, sumado a la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, la cual reconoce raíz constitucional (Disidencia de los jueces Highton de Nolasco y E. Raúl Zaffaroni).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–: p. 1882.

4. Cabe desestimar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que hizo lugar al agravio relativo al *non bis in idem* oportunamente introducido por la defensa, por falta de fundamentación suficiente, pues el Ministerio Público se ha limitado a expresar su discrepancia con la interpretación de la garantía del *non bis ídem* postulada por el *a quo*, extendiéndose en consideraciones relativas a las facultades y función de los recursos interpuestos por el fiscal, pero sin refutar el argumento central del fallo, referido a la inadmisibilidad de que los errores procesales producidos en el caso recaigan sobre el imputado que no los produjo, como tampoco nada dijo en cuanto a cómo sería posible compatibilizar la solución del reenvío reclamada con el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razonable, aspecto de particular significación, en tanto el recurrente pretende que se lleve a cabo un nuevo juicio por hechos de contrabando que datan de 1995 y 1996, por los que el imputado se encuentra procesado desde el 17 de marzo de 1998 y respecto de los cuales ya en el juicio anterior la fiscalía había considerado necesaria la realización de una instrucción suplementaria: p. 1882.

O

OBLIGACION DE SEGURIDAD

1. Corresponde admitir la responsabilidad del club demandado si –en su calidad de organizadora del espectáculo deportivo– tiene una obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento general en el art. 1198 del Código Civil y en especial en las leyes 23.184 y 24.192, sin que se pueda admitir como eximentes al accionar de los simpatizantes del club visitante o bien a la conducta de los efectivos policiales desplegados en el estadio (en buena medida contratados por la entidad), ya que no se trataría de terceros por los que el organizador no deba responder, y máxime cuando la conducta del personal destacado en las puertas de acceso al estadio, con el auxilio del personal policial, se reveló claramente como insuficiente, en tanto no se logró asegurar que los asistentes no ingresasen con objetos peligrosos, cuya detonación apareció como generadora de los desmanes.

–En similar sentido, precedente M.31.XXXVII. “Molina, Alejandro Agustín”, de la misma fecha–: p. 1821.

OBRAS SOCIALES

1. Determinada la responsabilidad de los médicos por no haber efectuado el control oftalmológico que la situación del menor prematuro requería, nada corresponde objetar a la responsabilidad endilgada a la obra social demandada por el deber de seguridad que pesa sobre ésta, pues quien contrae la obligación de prestar un servicio –asistencia a la salud de la población en este caso– lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular: p. 1361.

OFERTA PUBLICA

1. Cabe declarar mal concedido el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que dejó sin efecto la sanción aplicada a los miembros de la comisión fiscalizadora y redujo la multa impuesta a la entidad y sus directores por la difusión de información inexacta y engañosa al publicitar ciertas obligaciones negociables del banco en un sitio web en infracción al deber de diligencia y la exigencia que la publicidad y propaganda respecto a los valores negociables de una emisora no contenga información susceptible de inducir a error, equívoco o confusión, pues si bien los recurrentes aducen que se halla en tela de juicio la inteligencia de preceptos federal, éstos no han traído a consideración planteos concretos y específicos relativos a tales normas sino solamente vinculados a cuestiones fácticas y de derecho común, ajenas a la instancia extraordinaria.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1092.

2. Cabe declarar mal concedido el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que dejó sin efecto la sanción aplicada a los miembros de la comisión fiscalizadora y redujo la multa impuesta a la entidad y sus directores por la difusión de información inexacta y engañosa al publicitar ciertas obligaciones negociables del banco en un sitio web, pues los agravios vertidos en torno a las facultades de la Comisión Nacional de Valores en el ámbito de la oferta pública de ONs no concitan cuestión federal que habilite la vía extraordinaria toda vez que no controvierten *per se* la hermenéutica de la preceptiva que las regula –ni la solución del caso depende de ello–, sino que están enderezados a cuestionar el carácter engañoso que dicho organismo atribuyó a la cita que la emisora consignó en la publicidad sobre las ejericidas en el caso concreto, cuestión de índole fáctica y procesal.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1092.

P

PENSION

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó “in limine” la acción de amparo mediante la cual la actora solicitaba se deje sin efecto la resolución dictada por la ANSeS que desestimó su pedido de otorgamiento de una pensión fundada en el fallecimiento y convivencia como pareja con otra persona del mismo sexo si no se ordenó el traslado de la misma al ente previsional y, desde el inicio de las actuaciones han transcurrido más de 3 años, por lo que con el fin de evitar nuevas demoras y atendiendo al principio de economía y celeridad procesal, corresponde que prosiga conociendo en el juicio, con prescindencia del *nomen juris* utilizado por el peticionante, el juez competente ante quien se encausó la demanda y se substancie sin más el trámite.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1804.

PERICIA MEDICA

1. Teniendo en cuenta que los dictámenes periciales en nuestro sistema no revisten el carácter de prueba legal y están sujetos a la valoración de los jueces con arreglo a

las pautas del art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y ante la ausencia absoluta de una historia clínica, o de estudios o certificados médicos contemporáneos a las lesiones sufridas, las conclusiones del peritaje aparecen como carentes de todo fundamento objetivo y traducen sólo una conjetura de la experta que descansa en la certeza de la versión de los hechos aportada por el actor y el conjunto de signos y síntomas que resultarían del reconocimiento médico y de que dan cuenta los estudios complementarios realizados a la fecha del dictamen –a más de tres años del hecho dañoso– no pueden ser interpretados sin más como secuelas de las lesiones sufridas por el actor, ya que la relación de causalidad exige un sustento científico del que carece dicho informe: p. 1821.

PERIODISMO

1. No es el factor “tiempo” con que cuenta el periodista al publicar un libro la premisa a considerar para determinar si se aplica la doctrina de la real malicia, sino si quien difundió la información conoció la falsedad de ésta al momento de publicarla o si obró con notorio desinterés acerca de si lo que publicaba era veraz o no (Voto de la jueza Highton de Nolasco): p. 1722.

PESIFICACION

1. El recurrente que sólo exhibe un discurso subjetivo para sostener los agravios relacionados con el principio de igualdad y con la posible inconsistencia entre el decreto impugnado y la ley de emergencia 25.561, limitándose a reproducir mecánicamente la postura sostenida desde su presentación inicial, ha dejado incólume el decisivo argumento en que hace pie la sentencia apelada, en cuanto a que el decreto 410/2002 fue dictado en uso de las atribuciones que la ley 25.561 delegó en el Poder Ejecutivo, y que éste utilizó tanto para establecer la regla general de la pesificación prescripta en el artículo 1° del decreto 214/2002, que la actora invoca en favor de su reclamo, cuanto para contemplar las excepciones a dicha regla como las que establece el mencionado decreto 410/2002: p. 1703.

2. Corresponde confirmar la sentencia que consideró que el decreto 410/02 exceptúa razonablemente de la “pesificación” a las operaciones de financiación de importaciones concretadas por entidades financieras ya que la dogmática y genérica alegación de inconstitucionalidad no basta para fundar la pretensión de que la Corte resuelva con prescindencia de un acto público como lo es dicho decreto, puesto que se halla desprovista de la rigurosa carga argumentativa y justificatoria con arreglo a la cual el impugnante debe realizar una “demostración concluyente” de la discordancia “substancial” de la norma impugnada con respecto de la Constitución Nacional: p. 1703.

PODER DE POLICIA

1. Al haberse extralimitado en el uso de los medios coercitivos lícitos, corresponde admitir la responsabilidad del Estado provincial por su falta en la prestación del servi-

cio de seguridad, ya que –lejos de prevenir desmanes y garantizar la seguridad del público asistente al partido de fútbol– la conducta del personal policial no evidenció una adecuada capacitación para la emergencia, en tanto no se ajustó a las directivas impartidas por sus superiores –que ordenaban su repliegue– y se involucró finalmente en una suerte de riña descontrolada con la concurrencia, que se tradujo en la lesión de numerosos espectadores ajenos a cualquier actitud provocadora o violenta, pese a que el ejercicio de policía exige a los agentes que intervienen la preparación adecuada para preservar racionalmente la integridad física de los miembros de la sociedad y sus bienes.

–En similar sentido, precedente M.31.XXXVII. “Molina, Alejandro Agustín”, de la misma fecha–: p. 1821.

PRESCRIPCION

1. El razonamiento del tribunal incurre en una petición de principio si a pesar de haber admitido como válido el argumento de la alzada atinente a que la actora había tomado conocimiento “efectivo, pleno y cabal” de la existencia de actos simulados con la incorporación de diversas escrituras en el expediente sucesorio de su madre y a que la acción de simulación no se encontraría prescripta (art. 4030 del Código Civil), igualmente llegó a la conclusión de que la pretensión deducida se encontraba fenecida en razón de que habían transcurrido más de diez años desde el fallecimiento del causante; tal interpretación –que se sustenta en que la acción de simulación es meramente instrumental y que lo que importa es el plazo de prescripción de la acción principal– resulta objetable porque la circunstancia de que una acción sea instrumental no significa que no tenga entidad autónoma: p. 1768.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

1. Corresponde revocar la sentencia que rechazó la excepción de prescripción de la acción penal aduanera si el criterio del precedente “Wonderland S.R.L.” (Fallos: 332:1109) –que estableció que de la letra del art. 937, inc. a, del Código Aduanero surge claramente que la interrupción de la prescripción se produce por la sola circunstancia del “dictado” del auto respectivo– resulta plenamente aplicable respecto de los alcances que cabe atribuir al art. 68, inc. b, de la ley 11.683 (t.o. 1978), vigente al momento de los hechos, puesto que éste, al establecer que el curso de la prescripción de la acción penal se suspende “desde la fecha de la resolución condenatoria”, no requiere –al igual que el art. 937, inc. a, del código mencionado– que el acto respectivo sea notificado al sumariado para que tenga virtualidad suspensiva (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi): p. 1264.

PRINCIPIO DE RESERVA

1. El organismo recaudador se encuentra facultado para fijar el término dentro del cual la reorganización societaria enmarcada en el art. 70 de la ley de impuesto a las ganancias (t.o. en 1977) debe ser comunicada, pues el art. 77 de la misma claramen-

te determina que "...deberá ser comunicada a la Dirección General Impositiva en los plazos y condiciones que la misma establezca", y tal atribución no encierra violación alguna al principio de reserva de ley en materia tributaria consagrado en los arts. 4º, 17, 52 y 75 de la Constitución Nacional pues éste abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1437.

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO

1. El agravio relativo a la pretendida exención de los intereses resarcitorios previstos en el art. 37 de la ley 11.683 –t.o. 1998–, no puede prosperar, ya que los fundamentos que expuso la cámara a fin de revocar la multa impuesta en los términos de su art. 45 –existencia de error excusable motivado por las dificultades interpretativas de la cuestión– no tienen virtualidad para eximirlos del pago de aquéllos de acuerdo con el criterio establecido en el precedente "Citibank NA" (Fallos: 323:1315, considerando 10), dado que no se presenta ningún supuesto excepcional que haga posible la dispensa de tales accesorios, no obstante que la naturaleza de tales intereses "es ajena a la de las normas represivas", de manera que el hecho de que se haya dejado sin efecto la multa no implica que deba procederse del mismo modo con los intereses: p. 1182.

PROSTITUCION

1. Aunque el estado de las actuaciones fuera apenas embrionario, si las medidas probatorias realizadas indicaban que a la hipótesis fáctica inicial –presunta actividad de proxenetismo– se sumaba un elemento que obligaría a descartar primeramente la existencia de un supuesto de trata –el hecho de que muchas de las mujeres que trabajaban como "alternadoras" en los cabarets en cuestión lo hacían con libreta sanitaria y provenían del extranjero o de provincias distantes–, la resolución del juez federal de rechazar la asignación fue prematura, pues en vista de las circunstancias mencionadas debió asumir la investigación y orientar la pesquisa a establecer.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1382.

PROTECCION INTEGRAL DE LA MUJER

1. Cabe dejar sin efecto la sentencia que denegó el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia que la condenó a doce años de prisión por homicidio simple de su conviviente y padre de sus hijos, pues la afirmación del *a quo* para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso –a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario–, deriva que aquélla se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de las convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia –Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (aprobada por ley 24.632) y la

ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer (reglamentada por decreto 1011/2010)–, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido.

–Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco a lo que adhiere la jueza Argibay–: p. 1204.

PUEBLOS INDIGENAS

1. Cabe convocar a audiencia pública en el marco de la acción de amparo iniciada por una comunidad aborígen a fin de que se condene a arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos de participación y consulta, y, en consecuencia, puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, pues la omisión de consulta previa, información y participación en que habrían incurrido las autoridades locales en los expedientes administrativos en trámite –en los que se habrían otorgado los permisos–, 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 éstos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional: p. 1861.

2. Cabe convocar a audiencia pública en el marco de la acción de amparo iniciada por una comunidad aborígen a fin de que se condene a arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos de participación y consulta, y, en consecuencia, puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, 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, sin que se vea en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados: p. 1861.

PUERTOS

1. Si bien se realizó una distinción entre los servicios portuarios que se prestaran en operaciones de comercio exterior –excluidas de la pesificación– y las correspondientes a operaciones de cabotaje –en las que se mantuvo la paridad de un peso por cada dólar estadounidense–, dicho tratamiento diferenciado quedó justificado, en materia de tarifas portuarias, en el hecho de que los buques y las cargas pertenecientes al tráfico de cabotaje se vieron inmersas en la crisis nacional, mientras que las operaciones de comercio exterior obedecen a variables ajenas al mercado local.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1614.

2. Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y dispuso que las tarifas que percibían las terminales portuarias debían incluirse entre los contratos de servicios públicos alcanzados por la “pesificación”, hasta tanto las autoridades administrativas competentes concluyeran los respectivos procesos de renegociación y se fijara de manera definitiva el marco tarifario que debían aplicar las concesionarias, pues

dado que esas tarifas son un precio regulado por el Estado Nacional y cobrado por las concesionarias, que abonan los responsables de los buques y de las cargas vinculadas a operaciones de comercio internacional que se realizan por el Puerto Nuevo de Buenos Aires, ello permite descartar que el legislador hubiese pretendido incluirlas en las disposiciones del art. 8° de la ley 25.561.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1614.

R

RECURSO DE CASACION

1. Si bien no corresponde que la Corte analice la correcta subsunción del caso o indague acerca de las razones por las que el tribunal oral calificó el hecho descrito como un homicidio doloso simple y descartó la calificación legal propuesta por el fiscal, como así también el tipo penal postulado por la defensa, a quien sí le correspondía realizar este análisis era al tribunal superior, el cual debió examinar la cuestionada motivación de la sentencia también en este aspecto, y la sola enumeración de fallos y citas doctrinarias relativas al homicidio en riña, cuya relación con el caso no se entiende por sí misma, sumada a la transcripción de las afirmaciones de la sentencia, no constituye un tratamiento serio de las críticas formuladas por la defensa en esta dirección.

–La jueza Argibay, en disidencia, consideró que los recursos de hecho fueron deducidos extemporáneamente (arts. 158, 282 y 285 del C.P.C.C.N.)–: p. 1673.

2. Con respecto al cuestionamiento del rechazo de los recursos de casación interpuestos *in pauperis* por cuatro de los imputados en razón de su intempestividad, corresponde señalar que éstos, conforme a las constancias de la causa y las apreciaciones de los tribunales de grado, ejercieron tardíamente su opción de impugnar a pesar de haber sido adecuadamente notificados –en persona los imputados y su defensor– y el propio defensor es quien se ocupa de aclarar que fueron informados adecuadamente y que los imputados manifestaron su negativa a interponer recurso alguno, tal como se desprende de las actas que en fotocopias certificadas aportó la defensa estatal (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda): p. 1673.

3. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el recurso de casación contra la sentencia de condena si, con prescindencia del acierto o el error de las quejas de la defensa sobre la insuficiente prueba del hecho, lo expresado en la sentencia de casación no satisface en modo alguno el estándar de revisión fijado por la Corte a partir del caso “Casal”, ya que se limitó a reproducir parcialmente la sentencia que debía revisar y omitió un examen específico de las constancias cuestionadas mediante la utilización de fórmulas que nada dicen sobre la prueba en concreto cuyo examen había sido llamado a realizar por la recurrente.

–La jueza Argibay, en disidencia, consideró que los recursos de hecho fueron deducidos extemporáneamente (arts. 158, 282 y 285 del C.P.C.C.N.)–: p. 1673.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION

1. No son susceptibles de recurso ordinario de apelación las sentencias dictadas en pleitos en los que se persigue un pronunciamiento meramente declarativo, que se limite a determinar la certeza del régimen jurídico pertinente en la situación de las partes, sin una condena patrimonial específica, tal como ocurre respecto de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1º y 4º de la ley 25.732 por medio de los cuales resultó derogada la exención del impuesto a la ganancia mínima presunta prevista en el art. 1º, inc. a del decreto 732/01: p. 1239.

2. Si en el escrito recursivo la actora refutó todos los argumentos esbozados por el magistrado de primera instancia, argumentando su posición en la letra de la normativa y en jurisprudencia que estimó aplicables al caso cumpliendo las exigencias legales mínimas para sustentarlo, corresponde declarar procedente el recurso ordinario de apelación y revocar la sentencia apelada, disponiendo el reenvío al tribunal de origen a los fines de que se pronuncie sobre los aspectos omitidos: p. 1172.

3. Cabe declarar desierto el recurso ordinario de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia que condenó al Estado Nacional a la reparación de daños y perjuicios que le provocó la privación de su libertad en virtud de la prisión preventiva dispuesta en su contra así como la duración irrazonable –más de veinte años– del juicio penal que se le siguió, pues el memorial de agravios ante la Corte presenta defectos de fundamentación pues no contiene –como es imprescindible– una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el *a quo*, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos expuestos en el fallo, sin que la mera reedición de objeciones formuladas en instancias anteriores resulte suficiente para suplir las omisiones aludidas.

–En igual sentido: “Poggio, Oscar Roberto *c/ EN-Mº de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios*”, y “Rizikow, Mauricio *c/EN-Mº de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios*”, sentencias de la fecha–: p. 1302.

4. El requisito de que “el valor disputado en último término” o “monto del agravio” –sin sus accesorios– excede el mínimo legal a la fecha de interponer el recurso ordinario de apelación, excluye la competencia apelada de la Corte en los juicios carentes de contenido patrimonial, situación que se configura cuando se trata de un incidente destinado exclusivamente a destruir la eficacia de un instrumento público ofrecido como elemento de prueba, en el marco de un proceso principal por rendición de cuentas: p. 1876.

5. Cabe declarar mal concedido el recurso ordinario interpuesto contra la resolución por la que se tuvo al Estado Nacional por desistido del incidente de redargución de falsedad promovido en el marco de un proceso de rendición de cuentas, pues la misma no reviste el carácter de sentencia definitiva, extremo que debe apreciarse con criterio más riguroso que en el supuesto del art. 14 de la ley 48, entendiéndose por tal, al pronunciamiento que, aun cuando no decida sobre el fondo del litigio, pone fin a la controversia o impide su continuación, privando al interesado de los medios legales para la tutela de su derecho, regla a la que no hace excepción la circunstancia de invocarse un gravamen irreparable: p. 1876.

6. Las meras aserciones del apelante –en el sentido de que el monto del agravio excede el mínimo legal– resultan insuficientes para la admisibilidad formal del recurso ordinario, si las mismas no se sustentan en fundamentos objetivos de la causa, fun-

damentos de los que resulta que el incidente de redargución de falsedad –destinado a destruir la eficacia de un instrumento público ofrecido como prueba en un proceso de rendición de cuentas– no puede traducirse en una sentencia de condena de contenido patrimonial, y no cabe tener en cuenta la incidencia que pudiese tener lo resuelto en futuras acciones de esta naturaleza, pues la existencia de “un valor disputado” debe ser verificable en el caso concreto que corresponde decidir: p. 1876.

REFINANCIACION HIPOTECARIA

1. El Tribunal ha admitido que las personas que han incurrido en mora con anterioridad al plazo establecido por el art. 3º de la ley 25.798, puedan utilizar los fondos otorgados por el Banco de la Nación Argentina para efectuar el pago de la deuda, pues dicha entidad declaró elegible el mutuo hipotecario y se ha firmado el correspondiente contrato, y el examen del cumplimiento de los requisitos para el ingreso al sistema que efectúa el agente fiduciario resulta extraño al conocimiento del Tribunal (conf. causa: “Alcoba, Lía Mónica y otro c/ Bertonazzi, Alfredo Ernesto y otro s/ ejecución hipotecaria”, Fallos: 332:1152): p. 1272.

2. A pesar de haber quedado firmes las resoluciones mencionadas que decidían respecto de las normas sobre pesificación y refinanciación hipotecaria, la sanción de la ley 26.167 ha venido a otorgar una nueva posibilidad para que aquellos deudores de bajos ingresos que tuviesen elegido el mutuo por el agente fiduciario y hubiesen invocado las prescripciones de dicha ley, sin desmedro de los derechos adquiridos por el acreedor, puedan conservar su vivienda única y familiar (conf. causa “Baschi”, Fallos: 331:926): p. 1272.

REGALIAS

1. Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 62, punto III, apartado b, de la ley 2453 de la Provincia del Neuquén, en cuanto establece que “no podrá deducirse como consumo interno el gas que se utilice para generación eléctrica, aunque la energía sea utilizada dentro del yacimiento”, y del decreto provincial 594/05 dictado con fundamento en esa norma, en tanto se oponen al régimen federal vigente en materia de liquidación y percepción de regalías hidrocarburíferas, ya que una interpretación armónica del párrafo final del art. 2º de la Resolución 188/93 de la Secretaría de Energía de la Nación y las pautas superiores de la Ley Federal de Hidrocarburos 17.319 y su decreto reglamentario 1671/69 conduce necesariamente a concluir que los volúmenes de gas natural que se utilizan para la generación de energía eléctrica consumida íntegramente dentro de los yacimientos están excluidos del pago de regalías: p. 1162.

REMUNERACIONES

1. Si la negativa del *a quo* a sustanciar las pruebas ofrecidas impidió el esclarecimiento de aspectos esenciales del debate, en tanto la solución del problema exigía conocer cuáles fueron los importes concretamente otorgados a los secretarios y subsecretarios

de Estado como “gastos protocolares” para el ejercicio de la función en los ministerios en que aquéllos se habían desempeñado, a partir de la vigencia del decreto 838/94, así como la proporción que hubiesen guardado con el salario básico de los funcionarios y la existencia de constancias que dieran cuenta de su utilización, total o parcial, para el fin con el que fueron autorizados, corresponde revocar las sentencias de primera y segunda instancia y ordenar al tribunal de origen que disponga la realización de las pruebas que correspondan y, con su resultado, dicte un nuevo pronunciamiento (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay): p. 1172.

2. De una correcta interpretación de las leyes 18.464, 24.018 y 24.241 no cabe inferir que los pagos autorizados por el decreto 838/94 puedan ser excluidos del cómputo del haber por el solo hecho de haber sido exceptuados de rendición de cuentas por el mismo decreto de creación; lo que resulta de un modo inequívoco de tales leyes es que las erogaciones que carecen de respaldo documental no se sustraen de su ámbito de aplicación y, como regla, forman parte de las compensaciones sobre las cuales deben realizarse los aportes y contribuciones con destino a la seguridad social, criterio que en la materia es ya una tradición (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay): p. 1172.

REORGANIZACION DE SOCIEDADES

1. El organismo recaudador puede válidamente fijar el plazo para la comunicación de las reorganizaciones societarias enmarcadas en el art. 70 de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1977) en días “corridos”, ya que el art. 4°, segundo párrafo, de la ley 11.683 preceptúa que se computarán los días hábiles administrativos salvo que de “las normas que rijan los gravámenes” surja lo contrario, y dicha expresión no exige una ley formal, es decir emanada del Congreso, para establecer términos en días corridos, sino que otras normas generales de rango distinto pueden hacerlo, sin mengua de su eficacia o validez con sustento en su naturaleza de decreto reglamentario o resolución general.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1437.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. Cabe rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por el Estado Nacional contra la sentencia que lo condenó a la reparación de daños y perjuicios provocados al actor por la privación de su libertad en virtud de la prisión preventiva dispuesta en su contra así como la duración irrazonable –más de veinte años– del juicio penal que se le siguió, debiendo desestimarse los agravios relativos a la decisión del *a quo* de resarcir el daño moral, pues el sometimiento a un proceso de una prolongada e inusitada duración le ha ocasionado al actor, cuanto menos, un padecimiento de esa índole, no ya por haber delinquido sino para saber si ha delinquido o no, y la decisión de fijar una indemnización en tal concepto no resulta pasible de tacha alguna y no puede ser revisada en la instancia extraordinaria ya que tal aspecto del pronunciamiento no fue materia de agravio ante la cámara.

–En igual sentido: “Rizikow, Mauricio c/EN-M” de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, sentencia de la fecha–: p. 1302.

2. Aunque los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera la conclusión del carácter injustificado del retraso, pues el elevado número de asuntos en los que pudiera conocer el órgano jurisdiccional no legitima el retraso en resolver, ya que “el hecho de que las situaciones de atasco de los asuntos se conviertan en habituales no justifica la excesiva duración de un proceso” (Voto del Dr. Ricardo L. Lorenzetti).

–En igual sentido: “Poggio, Oscar Roberto *c/ EN-M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios*”, y “Rizikow, Mauricio *c/EN-M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios*”, sentencias de la fecha–: p. 1302.

3. Cabe rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por el Estado Nacional contra la sentencia que lo condenó a la reparación de daños y perjuicios provocados al actor por la privación de su libertad en virtud de la prisión preventiva dispuesta en su contra así como la duración irrazonable –más de veinte años– del juicio penal que se le siguió, pues los magistrados que intervinieron en la causa incurrieron en una morosidad judicial manifiesta, grave y fuera de los términos corrientes que establecen las normas procesales, por lo que la duración del proceso por más de dos décadas ha violado ostensiblemente las garantías del plazo razonable y del derecho de defensa del imputado, incurriendo la demandada en un incumplimiento o ejecución irregular del servicio de administración de justicia a su cargo, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

–En igual sentido: “Poggio, Oscar Roberto *c/ EN-M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios*”, y “Rizikow, Mauricio *c/ EN-M° de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios*”, sentencias de la fecha–: p. 1302.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda que tenía como objeto obtener una indemnización por los daños derivados del fallecimiento de un menor ocurrido en un liceo militar donde cursaba sus estudios ya que hizo referencia exclusivamente al obrar de la víctima, sin examinar a la luz de las circunstancias probadas de la causa si la institución educativa había cumplido con las obligaciones de custodia y cuidado que le competen respecto a sus alumnos, y no ponderó que las autoridades tenían conocimiento de los conflictos que afectaban al menor en su vínculo con otros cadetes pero no fueron diligentes en tomar las medidas adecuadas para garantizar su seguridad y bienestar físico y emocional: p. 1848.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

1. A fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor discapacitada requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que deberá informar a la Autoridad Central del estado requirente acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continui-

dad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor y también poner en conocimiento la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso: p. 1287.

2. Si está probado que la salida del Perú contó con el permiso del padre de las menores pero no ocurre lo mismo con la retención en territorio argentino, en tanto aquella se hizo bajo la apariencia de un viaje para el tratamiento de una de las niñas y, por ende, transitorio, y teniendo en cuenta que no se ha demostrado que la madre fuese la titular de la custodia con el contenido jurídico específico del art. 3, inc. "a" de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, corresponde tener por configurada la ilicitud de la retención en los términos del art. 4, constatación que hace operativo el mecanismo restitutorio, ya que tampoco se ha logrado establecer con el rigor necesario la existencia de ninguna de las excepciones previstas.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—: p. 1287.

3. Teniendo en cuenta que el interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, corresponde exhortar a ambos progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva, e igual requerimiento cabe dirigir a la jueza a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos: p. 1287.

4. Si la madre se rehusó a retornar y retuvo al menor en el lugar al que se había trasladado legalmente, forzando así su cambio de residencia contra la voluntad del padre —quien ostenta igual derecho a autorizar o denegar dicho cambio—, tal situación configuraría el supuesto de retención ilícita, pues ni siquiera ha invocado —ni probado— hallarse inhabilitada para reingresar a Alemania, ni ha demostrado la imposibilidad de vivir con su hijo de esa nacionalidad, en ese país que los albergó antaño por elección propia, y donde la interesada habría desarrollado actividades académicas y laborales y recibido auxilio financiero estatal.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—: p. 1445.

5. Cabe revocar la sentencia que rechazó el pedido de restitución a la República de Alemania respecto del hijo menor de las partes —traído al país por ambos progenitores— pues no se ha demostrado que la Argentina constituyera el destino que de consuno fijaron las partes para vivir en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual que podría derivar de la mudanza, ya que tampoco se configura un supuesto de "clara intención compartida" de trasladarse.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—: p. 1445.

6. A los efectos de que las dificultades que pudiese generar el retorno de la progenitora con el menor al país de origen no obstaculicen el cumplimiento de la sentencia ni originen mayor conflictividad que la que de por sí podría provocar el hecho de tener que regresar a un sitio en el que aquélla manifiesta no haber podido adaptarse, corresponde hacer saber al señor juez a cargo de la causa que, al momento de ejecutar el fallo, proceda a realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos, permitiéndole para ello adoptar las medidas que

estime conducentes, ponderando la realidad y circunstancias en que se desarrollan las relaciones entre las partes para concretar las pautas de restitución, como así también evaluar los requerimientos que se le formulen en tanto respeten la decisión adoptada y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento: p. 1445.

RETENCIONES MOVILES

1. Si bien resulta inoficioso que el Tribunal se expida sobre el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de las denominadas “retenciones móviles”, establecidas por las resoluciones 125/08, del Ministerio de Economía y Producción y sus modificatorias, pues dicho régimen no se encuentra vigente, corresponde dejar sin efecto la decisión recurrida, pues su subsistencia podría causar al apelante un gravamen no justificado, en la medida en que no cabe descartar que alguna consecuencia gravosa para él pudiera ser extraída de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad que no pudo ser revisada, máxime cuando no se ha acreditado la relación de causalidad entre las resoluciones impugnadas y el daño alegado por la actora, quien reconoció que no actuó como exportador en las operaciones involucradas (Disidencia parcial del juez Petracchi).

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–: p. 1187.

2. Resulta inoficioso que el Tribunal se expida sobre el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de las denominadas “retenciones móviles”, establecidas por las resoluciones 125/08, del Ministerio de Economía y Producción y sus modificatorias, pues dicho régimen no se encuentra vigente, a partir de su derogación por intermedio del decreto 1176/08 y las resoluciones 180, 181 y 182/08 del Ministerio de Economía y Producción, careciendo lo demandado de objeto actual.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1187.

RIESGOS DEL TRABAJO

1. Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por la cual los progenitores del causante perseguían el pago único de la indemnización por muerte por el accidente ocurrido en ocasión del trabajo, pues no provee respuesta a sus argumentos concretos, hallando solución el asunto debatido, en el precedente “Milone” (Fallos: 327:4607) a cuyos términos cabe remitir, y si bien allí se declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, ítem 2, de la LRT, es clara la analogía entre ambos casos, desde que, por el deceso del trabajador, la regla impugnada también reconoce una renta periódica mensual a sus derecho-habientes, a partir de la suma correspondiente a la prestación dineraria obtenida en el marco de los artículos 15, apartado 2, 18 y 19 de la ley n° 24.557.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1133.

2. Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por la cual los progenitores del causante perseguían el pago único de la indemnización por muerte por el accidente ocurrido en ocasión del trabajo, pues la circunstancia de la transferencia de los fondos reclamados a la AFJP, no impedía dar respuesta al planteo concreto con

fundamento en normas fundamentales que fueron reiteradas en la contestación de agravios ante la alzada y que se soslayaron totalmente en el decisorio, sin advertir que más allá que formalmente se había cumplido con el procedimiento ordenado por la reglamentación, los actores habían rechazado desde el primer momento la forma de pago dispuesta por la ley, que nunca aceptaron suscribir un contrato de renta vitalicia, ni ninguna otra forma que no fuese en un pago único y que por esa razón plantearon la inconstitucionalidad del sistema.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1133.

S

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1. La discusión acerca de la posibilidad de que en el derecho administrativo pueda pensarse una conducta inculpable –responsabilidad objetiva– o sancionarse un comportamiento si sólo se ha acreditado un daño potencial al bien jurídico, presupone la existencia misma de la prohibición legal, cuestiones que conformarían un debate posterior, pues no debe confundirse el respeto al principio de legalidad con la posibilidad de que en el derecho administrativo la ley previa tenga un contenido menos restrictivo que en el derecho penal –allí entraría en debate el principio de reserva– o que pueda pensarse a quien no pueda serle reprochable la conducta –estaría así en juego el principio de culpabilidad–, mas concebir que en el ámbito del derecho administrativo no resulte necesario que la conducta punible deba estar siquiera prevista como infracción, constituye una interpretación inadmisibles: p. 1241.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

1. Cabe dejar sin efecto por arbitrariedad, la sentencia que confirmó la sanción que el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal impuso a un abogado –condenado a un año y ocho meses de prisión en suspenso e inhabilitación especial por el mismo tiempo, por el delito de estafa en grado de tentativa–, consistente en la exclusión de la matrícula profesional, pues el *a quo* no ponderó adecuadamente el argumento planteado por el apelante relativo a la inexistencia de la audiencia de vista de causa –conducente para la solución del litigio–, vicio que podría afectar la validez de la sanción impuesta, toda vez que esta se basa en un antecedente de hecho que no existió en realidad, lo cual implica falsa causa (art. 7º, inc. b y 14, inc. b de la ley 19.549) y una lesión a la garantía del debido proceso adjetivo y al derecho de defensa en juicio, que eventualmente provocaría la nulidad del acto en cuestión: p. 1372.

2. Cabe dejar sin efecto por arbitrariedad, la sentencia que confirmó la sanción que el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal impuso a un abogado –condenado a un año y ocho meses de prisión en suspenso e inhabilitación especial por el mismo tiempo, por el delito de estafa en grado de tentativa–, consistente en la exclusión de la matrícula profesional, pues si bien las facultades disciplinarias

conferidas al Colegio Público de Abogados por la ley 23.187 persiguen el objetivo de asegurar el correcto ejercicio de la abogacía en todos los ámbitos de la actuación profesional, ello no lo habilita a actuar de manera irrazonable, con desconocimiento de las reglas procedimentales establecidas al efecto (Voto de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Carmen M. Argibay): p. 1372.

SENTENCIA DEFINITIVA

1. Si bien las decisiones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario pues no constituyen la sentencia definitiva que exige el art. 14 de la ley 48, tal principio debe ceder si los recurrentes han expresado –con apoyo en las constancias médicas acompañadas– que dada la insuficiencia de sus medios económicos, la falta de cobertura médica privada y las carencias del hospital público zonal para cubrir las necesidades básicas que requiere el cuidado de la hija, la demora en el inicio del proceso asistencial, terapéutico y de equipamiento ortopédico requeridos hasta el momento de la sentencia definitiva, no sólo agravará su delicado estado de salud, con claro riesgo de su vida, sino que ocasionará nuevos daños irreversibles, circunstancias que permiten tener por cumplido el requisito de definitividad y ponen de manifiesto la necesidad de obtener una tutela jurisdiccional efectiva para modificar la situación en que se encuentra y evitar mayores perjuicios.

–La jueza Argibay, en disidencia, consideró que los recursos extraordinarios no se dirijan contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48)–: p. 1691.

SERVICIO DOMESTICO

1. Corresponde revocar la sentencia que admitió el reclamo por un accidente que le costó la vida a quien se encontraba realizando tareas domésticas para los demandados si los jueces no precisaron en forma razonada e integral en qué presupuesto del art. 1113 del Código Civil –que destacan como aplicable al caso– encuadra concretamente la situación de autos, ni efectúan una adecuada correlación y síntesis con la posibilidad que emana de lo dispuesto por el art. 1111 de dicho ordenamiento cuando pudieran mediar factores concurrentes y tampoco explican en forma precisa y en el contexto efectivo de los hechos de la causa, el concepto de culpa suficiente y de nexos causal adecuado que invocan.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1815.

SERVICIO MILITAR

1. Cabe confirmar la sentencia que condenó al Estado Nacional a abonar al actor el haber de retiro desde que fue apartado del servicio y una indemnización por los daños derivados del accidente ocurrido mientras realizaba prácticas de salto en paracaídas, pues el accidente se produjo mientras el actor realizaba prácticas de salto al enroscarse la correa extractora por dentro de su brazo derecho produciéndose así la fractura del hueso humeral, por lo que no existe óbice alguno para otorgar una indemnización

basada en normas de derecho común a un integrante de las fuerzas armadas cuando las leyes específicas que rigen a la institución no prevén una reparación, sino un haber de retiro de naturaleza previsional y se trata de circunstancias ajenas al combate, consecuencia de un hecho accidental que podía ser imputado jurídicamente al Estado Nacional.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1431.

2. Cabe confirmar la sentencia que condenó al Estado Nacional a abonar al actor el haber de retiro desde que fue apartado del servicio y una indemnización por los daños derivados del accidente ocurrido mientras realizaba prácticas de salto en paracaídas, pues el personal que ingresa en los términos de la ley 24.429 –servicio militar voluntario– se agrupa en la clasificación “tropa voluntarios” dentro de la categoría personal subalterno del cuadro permanente de las Fuerzas Armadas, con todas las consecuencias que derivan de tal inclusión, en particular aquellas relacionadas con el haber de retiro que corresponde otorgar en cada caso, según el grado de incapacidad que afecte al causante, y en consecuencia resulta aplicable el art. 76, inc. 2, apartado a), de la ley 19.101, que contempla un haber de retiro para el personal superior y subalterno del cuadro permanente cuando la inutilización produce una disminución para el servicio menor al sesenta y seis por ciento y como consecuencia de ello no puede continuar prestando servicios en actividad.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1431.

SERVICIOS PUBLICOS

1. La prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la expresión “comercio” del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional, como así también en los incisos 18 y 30 de ese artículo, lo que justifica el sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos ejecutados a través del sistema argentino de interconexión, como así también aquéllos que se realizan por medio de la actuación de quienes operan en el mercado nacional, ya que se encuentra involucrado el comercio federal de energía: p. 1580.

SERVICIOS PUBLICOS LOCALES

1. Debe descartarse la inconstitucionalidad de la ordenanza 18/02 –la cual impone la obligación, en un tiempo no mayor de 120 días desde su promulgación, de reemplazar los postes de madera que sostienen transformadores eléctricos por columnas de hormigón– a la luz del contenido de la resolución ENRE 311/01 –que la apelante esgrime en defensa de su derecho– pues con arreglo al art 10 de tal resolución, sus disposiciones constituyen una guía de “contenidos mínimos” sobre el sistema de seguridad pública que deben implementar las empresas distribuidoras, lo cual deja a salvo la facultad inquestionable de las autoridades locales de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, ello conforme las atribuciones otorgadas por los arts. 41, 121, 122, 123 y 124 de la Constitución Nacional a las provincias y municipios.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1113.

SIMULACION

1. Corresponde revocar la sentencia si, al aplicar el plazo decenal de prescripción que corresponde a la acción de colación (art. 4023 del Código Civil), el *a quo* ha prescindido de los principios que rigen en materia de prescripción aplicables a la acción de simulación y le ha cerrado a la demandante la posibilidad de atacar los negocios jurídicos fraudulentos, cuando está admitido en la causa que la parte no estaba en condiciones de impugnar dichos actos simplemente porque desconocía las irregularidades llevadas a cabo en la transmisión del patrimonio de su padres a favor de la persona jurídica que controlaban sus hermanos: p. 1768.

SOCIEDAD ANONIMA

1. Cabe dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión del Tribunal Fiscal que había confirmado las resoluciones que establecieron la responsabilidad solidaria de los directores de la sociedad anónima actora, respecto del impuesto al valor agregado, pues el tribunal administrativo juzgó, con sustento en el art. 33 de la ley 11.683, que el crédito fiscal invocado no podía considerarse probado con la mera exhibición de las registraciones obrantes en los libros contables de la empresa ya que su “valor probatorio”, está directamente vinculado a los comprobantes que las respalden y la fe que éstos merezcan, apartándose la alzada de tal conclusión, sin indicar cuál habría sido el error en el que habría incurrido el tribunal, sustentando su decisión en meros listados de computación que darían cuenta de facturas emitidas por proveedores de la sociedad y en el examen realizado por el síndico de los libros IVA-ventas e IVA-compras, pasando por alto la clara directiva del artículo aludido: p. 1231.

T

TASA DE JUSTICIA

1. Si el actor completó voluntariamente el pago de la tasa de justicia, y si bien lo hizo en forma extemporánea, ello ocurrió con carácter previo a que se produjera una intimación del *a quo* o el pedido de desglose de la contraparte, el pronunciamiento del superior tribunal provincial aparece como autocontradictorio y excesivamente rigorista ya que, no obstante destacar que más allá de la finalidad fiscal la reforma operada en el Código Fiscal tuvo en miras evitar dilaciones procedimentales a través de la mera interposición de recursos, incidentes, etc., soslayó absolutamente que la presentación del apelante, por sus características, no podía entenderse como orientada a demorar o prorrogar injustificadamente el curso del proceso, de manera que la aplicación mecánica del precepto (art. 302 del Código Fiscal de la Provincia de Mendoza), que significó restringir el acceso a una instancia superior de la revisión judicial, siquiera respondió al fin que, según el propio tribunal, persiguió el legislador local al dictar la normativa

examinada (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

–La Corte, por mayoría, desestimó el recurso de hecho al considerar inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 C.P.C.N.)–: p. 1461.

TERRORISMO

1. Cabe descalificar por arbitraria la decisión que al rechazar la excepción de prescripción de la acción penal –basándose en el derecho a la verdad que correspondía a todas las víctimas del atentado y en el hecho de que una situación distinta acarrearía responsabilidades de índole internacional– condenó al imputado como autor del delito de sustracción de elementos destinados a servir de prueba ante una autoridad competente cometido en forma reiterada, pues tal pronunciamiento no brindó los fundamentos normativos aplicables, ni analizó el documento suscripto por el país en sede internacional, ni las razones por las cuales estimó que alcanzaba a los hechos investigados: p. 1489.

2. Cabe dejar sin efecto la sentencia que entendió que la posibilidad de declarar la prescripción de la acción penal estaba vedada por la existencia de un acuerdo celebrado entre el Estado Argentino y un grupo de querellantes de la causa en la que se investiga el atentado contra la A.M.I.A., pues yerra el tribunal al afirmar que “se ha aplicado correctamente la normativa internacional contenida en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional”, dado que la admisión de responsabilidad del Estado Argentino ante los organismos internacionales no puede acarrear como consecuencia directa la afectación de las garantías constitucionales de una persona imputada por la comisión de un delito común, quien además no ha tenido la posibilidad de ser oída en la instancia supranacional (Disidencia parcial de los Dres. Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay): p. 1489.

TRATA DE PERSONAS

1. Ante la existencia de alguno de los extremos inherentes al delito de trata de personas, la justicia federal no puede declinar su competencia ni rechazar la que se le pretenda atribuir sin antes realizar las medidas necesarias para establecer si se halla configurado o no dicho ilícito.

–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–: p. 1382.

TUTELA ANTICIPADA

1. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que revocó el pronunciamiento que había admitido la medida anticipatoria considerando que, a diferencia de las medidas cautelares clásicas, la admisión de la misma exigía la “casi certeza” de que el derecho pretendido existía, ya que omitió evaluar la incidencia de la imputación objetiva –a título de riesgo creado– formulada en la demanda en los términos del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil, y dicho examen resultaba particularmente exigible dado que la mención de la incidencia causal que la conducta de la víctima –menor que se encontraba circulando en bicicleta– podría haber tenido en la producción del evento

no resulta sustento bastante para denegar la procedencia de la tutela requerida, so pena de restringir injustificadamente su ámbito de aplicación: p. 1691.

2. Teniendo en cuenta que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, no pudo pasar desapercibido para la cámara, dada la interrelación que existe entre los requisitos de admisibilidad, la relevancia que en este tipo de medidas adquiriría la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven, ni los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia, y en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente): p. 1691.



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.

INDICE DE LEGISLACION (*)

| | |
|---|---|
| LEGISLACION NACIONAL | 24.431 |
| TRATADOS | |
| CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES | |
| Art. -: 1445. | Art. -: 1869. |
| | 24.901 |
| | Art. 18: 1869. 39: 1869. |
| LEYES NACIONALES | 26.378 |
| 15.336 | |
| Art. -: 1580. | Art. -: 1869. |
| 23.592 | DECRETOS NACIONALES |
| Art. -: 1387. | 186/1995 |
| 24.065 | Art. -: 1580. |
| Art. -: 1580. | 803/2001 |
| | Art. -: 1198. |

(*) **NOTA:** El Índice de Legislación, que lleva las citas legales efectuadas por la Corte Suprema y la Procuración General en tanto aquella remita, excluyendo las que sólo fueron invocadas por las partes, señala con la letra "c" las normas cuya constitucionalidad fue debatida.

| | |
|---|--|
| 410/2002 | CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES |
| Art. -: 1703. | LEY 1182/2003 |
| 1155/2003 | Art. -: 1123. |
| Art. -: 1123. | LEGISLACION PROVINCIAL NEUQUEN |
| RESOLUCIONES | LEY 2453 |
| SECRETARIA DE AGRICULTURA, GANADERIA, PESCA Y ALIMENTACION | Art. 62: 1162. |
| 2/1999 | DECRETO 594/2005 |
| Art. -: 1074. | Art. -: 1162. |
| SECRETARIA DE ENERGIA | SAN LUIS |
| 159/1994 | LEYES 4966 |
| Art. -: 1580. | Art. -: 1580. |
| 672/2006 | 5519 |
| Art. -: 1580. | Art. -: 1580. |
| 408/2008 | |
| Art. -: 1580. | |

INDICE GENERAL

Tomo 334

Volumen 1

| | Pág. |
|---|------|
| Fallos de la Corte Suprema | 5 |
| Febrero..... | 5 |
| Marzo..... | 53 |
| Abril..... | 349 |
| Mayo | 471 |
| Acordadas y Resoluciones..... | 713 |
| Indice por los nombres de las partes..... | (1) |
| Indice alfabético por materias - A) Voces de Referencia | (5) |
| Indice alfabético por materias - B) Voces Principales | (39) |
| Indice de legislación..... | (79) |

Volumen 2

| | |
|---|------|
| Fallos de la Corte Suprema | 715 |
| Junio | 715 |
| Julio | 837 |
| Agosto | 885 |
| Septiembre | 983 |
| Acordadas y Resoluciones..... | 1061 |
| Indice por los nombres de las partes..... | (1) |
| Indice alfabético por materias - A) Voces de Referencia | (5) |
| Indice alfabético por materias - B) Voces Principales | (29) |
| Indice de legislación..... | (53) |

Volumen 3

| | Pág. |
|---|------|
| Fallos de la Corte Suprema | 1063 |
| Octubre | 1063 |
| Noviembre | 1143 |
| Diciembre | 1659 |
| Acordadas y Resoluciones | 1923 |
| Indice por los nombres de las partes | (1) |
| Indice alfabético por materias - A) Voces de Referencia | (7) |
| Indice alfabético por materias - B) Voces Principales | (41) |
| Indice de legislación | (89) |

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2ª QUINCENA DE FEBRERO DE 2012
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA



CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

REPÚBLICA ARGENTINA

HOJA COMPLEMENTARIA

Hoja incorporada a los efectos de permitir la búsqueda por página dentro del Volumen.