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

TOMO 337

Volumen 1

2014

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

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

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

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

Entre las bases disponibles, se hallan las siguientes:

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

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

FALLOS

DE LA

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

DE

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

PUBLICACION A CARGO DE LA SECRETARIA
DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

TOMO 337 – VOLUMEN 1

FEBRERO - JULIO

2014

Corte Suprema de Justicia de la Nación

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

Libro digital, HTML

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-1625-34-5

1. Fallos de la Corte. I. Título.

CDD 347.077

DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA

Dr. Ricardo L. Lorenzetti en la apertura del año judicial 2014

“Buenos días a todos. Quiero agradecerles en primer lugar esta presencia de todos los jueces y juezas de los distintos fueros de todo el país, de las justicias provinciales, de la Justicia Federal, de la Justicia Nacional. Quiero agradecerles también muy especialmente la presencia de las autoridades de los otros poderes del Estado, del Consejo de la Magistratura, de las asociaciones de la sociedad civil, de derechos humanos, de consumidores, ambientalistas, el periodismo, la prensa en general. Y en nombre de mis colegas quiero pedirles disculpas por esta cuestión de la falta de espacio. Sé que hay mucha gente que no puede estar aquí en la sala, pero seguramente pueden escucharnos porque lo que importa es el mensaje que la Corte quiere dar en este día. Y este mensaje que hemos consensuado entre todos los ministros es un mensaje que este año no se concentra en el poder. No queremos hablar de las cuestiones del poder, sino de las cuestiones del pueblo. Es frecuente hablar de las cuestiones que tienen que ver con las personas que ocupan el poder. Pero hoy no queremos hablar de eso, sino de los valores que deben inspirar a esas personas que ocupan posiciones de responsabilidad, como somos todos nosotros. Los valores perduran, las personas que están en el poder pasan. Debemos prestar atención a cuales son estos valores y principios que nos guían. Es frecuente también hablar de las cuestiones del día a día, y nosotros hoy queremos hablar de las cuestiones de fondo, del Estado. Temas que hacen al modo en que enfocamos el problema de nuestra generación, es decir, la trascendencia de los principios que deben inspirar a nuestra generación y como nosotros enfocamos los problemas del pueblo a la luz de los principios constitucionales.

¿Cuáles son esos problemas del pueblo? Nosotros hemos hecho referencia en muchos casos en los que ha fallado la Corte en estos años a problemas muy concretos de la población argentina, que trascienden los gobiernos y, tal vez, las décadas. Por ejemplo, el temor de los que tienen algo ahorrado y que pueden perderlo, crisis tras crisis. O aquel miedo de aquellos que están excluidos de la sociedad y no tienen futuro. O el temor de los niños que están afectados por la droga. O el temor de los jubilados, que llegan a la edad adulta y, a veces, les cuesta mucho encontrar solución a los problemas concretos que tienen. O el temor de aquellos que piensan que la ley no es igual para todos y que hay impunidad. Esos son los problemas concretos que deben motivar nuestra acción judicial y nuestra interpretación constitucional, y que

es lo que ha hecho la Corte en los últimos años.

Quiero decirles que, en este tema, insistimos, porque los problemas que nosotros vemos que existen se trasladan de año en año y de década en década. Esto lo he dicho en numerosas oportunidades: no se trata solo de las discusiones de superficie, sino de que los problemas se exponen y no se solucionan porque no afectamos la raíz profunda, la estructura organizativa que hace que esos problemas se reproduzcan reiteradamente y afecten generaciones enteras. Llevamos muchas generaciones que han tenido frustraciones. El deber de nuestra generación es superar esa frustración y ese es el camino en el cual estamos. Por eso, es necesario que nos pongamos de acuerdo en un marco de principios y valores que le den previsibilidad, que no es otra cosa que construir un Estado de Derecho, construir instituciones sólidas, la independencia de poderes y las políticas de Estado participativas y perdurables. De eso vamos a hablar. ¿Cuál es su significado actual? Porque esto se da en todos los campos. Hoy hablábamos del problema del narcotráfico, la lucha contra el narcotráfico, que es algo en lo cual todos coincidimos, Nuestra patria, y yo diría la región y el mundo entero, está afectado por un problema gravísimo, el de la drogadicción y el movimiento que está produciendo el narcotráfico, que está afectando el Estado de Derecho. No tenemos que discutir sobre estos temas, tenemos que ponernos de acuerdo en algunas cuestiones básicas e implementarlas. Por eso, nosotros creemos en las políticas de Estado y exhortamos a todos los jueces, principalmente a aquellos que están en regiones donde este tema es más acuciante, que cooperen con los otros poderes del Estado para que tengamos una acción efectiva. A los otros poderes del Estado les decimos que esta agenda del narcotráfico debe ser prioritaria. Tenemos que ponernos de acuerdo en cómo actuamos todos para hacer efectiva esta lucha contra el narcotráfico, que excede la región, pero que es muy importante para nuestra gente, como lo vemos todos los días en el accionar judicial.

Esto nos lleva al primer problema o valor que queremos analizar, que es el de la efectividad. Actualmente, en el derecho en todo el mundo se discute el tema de la efectividad, la implementación, porque tenemos muchas disposiciones legales que son declarativas. Muchos discursos, pocas aplicaciones. Hace más de 15 años yo escribía un ejemplo sobre esto. La cita, disculpen, es para mostrar que esto no es problema de hoy ni de ayer, es un problema histórico. Yo ponía el ejemplo de Morgan, que fue un antropólogo que descubrió el Código de

Hammurabi, unas piedras en las cuales están escritas unas leyes. En base a esas leyes, él describió como vivía una sociedad mil años antes. Imagínense que se encontrara un cuerpo de leyes de nuestros países (esto es bastante claro en toda la región, y yo diría en varios continentes), que dentro de 200 o 300 años un antropólogo encontrara un cuerpo de leyes y en base a eso pretendiera describir como vivían nuestros pueblos. Seguramente llegaría a equivocaciones muy graves, porque la distancia entre lo declarado y lo efectivamente gozado es tremenda. Entonces necesitamos ponernos de acuerdo en cómo se ejecuta, en como se implementa. En esto los 3 poderes del Estado debemos trabajar juntos en base a una serie de principios. Pero la idea de implementación de políticas de Estado participativas, comunitarias, en base a unos principios, es central para que nosotros podamos generar credibilidad en nuestros pueblos. Porque si nuestros pueblos tienen derechos que no se gozan efectivamente, tenemos un problema muy grande en la confianza en las instituciones.

El segundo valor que me parece decisivo para entender los problemas institucionales es lo que denominamos la temática del acceso. Yo decía también hace muchos años que el sistema jurídico parece un hotel 5 estrellas porque es perfecto, está muy bien elaborado, pero no todos pueden acceder a él porque es muy cara la puerta de entrada. Entonces hay excluidos del sistema. Entonces lo importante es construir rampas de acceso, normas que permitan el acceso al sistema jurídico que sea igual para todos. Estas normas de acceso hace muchos años que se trabajan en Argentina. El acceso a Justicia ha sido una política de Estado de muchos años y en la cual han trabajado varios de los ministros que integran esta Corte. Pero es mucho más que eso, porque las normas de acceso no son solo las normas procesales, sino también que hablamos del acceso a bienes primarios esenciales, sin los cuales la ciudadanía no tiene sentido. La ciudadanía hoy está atada al goce de ciertos derechos fundamentales. Por eso la Corte ha hablado del derecho al acceso a la vivienda. Este es un tema importantísimo para que nosotros nos pongamos de acuerdo. No es una decisión judicial la que va a crear el acceso a la vivienda, pero sí es una guía a partir de la cual podemos ponernos de acuerdo y ensayar normas concretas, sea a nivel nacional, sea a nivel provincial, para la implementación de manera coherente de estos derechos, que son normalmente normas especiales, porque son mudables o adaptativas a las circunstancias y a las necesidades del momento. La Corte habló también del derecho de acceso a las prestaciones de salud o el derecho de acceso al consumo.

Hace muchos años que trabajamos en los derechos de los consumidores. Esto también es importante, la defensa de los derechos del consumidor. En esto también la Corte tiene una jurisprudencia consolidada. En realidad, desde los años 70 venimos todos insistiendo en este tema, que también debe ser una política de Estado, un valor a defender. Pero hay un tema que la Corte ha fallado, que es el derecho de acceso a la educación. Pero lo ha hecho de manera muy general, lo ha mencionado apenas. Es bueno recurrir aquí a la experiencia del derecho comparado. En Estados Unidos los jueces federales recibieron muchas peticiones sobre un tema que es la calidad de la educación. ¿Por qué? Porque hoy la educación condiciona el futuro de un niño. El destino que uno tiene en la vida está estrechamente relacionado con el tipo de educación que uno recibe. Por eso, los jueces se involucraron en analizar si era discriminatorio o no el nivel de educación que reciben los niños según fueran las distintas regiones. Este es un tema muy debatido en Estados Unidos. Creo que nosotros tenemos también la necesidad de desarrollar normas de acceso en este campo que es tan importante, y en el cual podemos obrar de modo coherente las decisiones judiciales con las políticas de Estado.

Relacionado con el acceso, también tenemos otro tema importantísimo en el cual hemos insistido año a año, y es la igualdad. No hay Estado de Derecho vigente, efectivo sin igualdad. Me parece que es interesante plantearse si una persona antes de nacer tuviera que organizar una sociedad y dictar leyes, y no sabe si le va a tocar ser de clase baja, de clase media o de clase alta. Ante esta incertidumbre, trataría de hacer normas, leyes, organizaciones que acotarán el riesgo porque no sabe dónde le va a tocar. Esto que John Rawls denominó “el velo de ignorancia” en filosofía política como modo de análisis del tema de la igualdad es muy importante, porque nosotros tenemos que diseñar normas, políticas y decisiones judiciales pensando que un día estamos en el poder y otro día podemos perderlo, que un día podemos ser ricos y otro día pobres, o que un día, inversamente, podemos pasar de ser excluidos a llegar a la cúspide social. El tema de la igualdad real de oportunidades es central para el funcionamiento efectivo de un Estado de Derecho. Esto es lo que nosotros hemos sostenido y seguiremos sosteniendo a través de los derechos de los trabajadores o de la lucha contra la discriminación por género o nacionalidad.

Otro valor importante, que es un componente del Estado de Derecho, es la diversidad. El Estado de Derecho de nuestros días debe

promover la diversidad. Uno ve que en el mundo tenemos muy buenos dirigentes formados con mentalidad del siglo XIX, cuando las sociedades eran homogéneas. Y si no lo eran, las hacían homogéneas. La idea del “pensamiento único”. Pero esto hoy ya no es posible. Hay que admitir la diversidad, la pluralidad de modos de vida y de ideas que existen en todas las sociedades actuales. Por eso, la Corte ha insistido mucho en este aspecto y lo seguirá haciendo. Voy a mencionar 3 facetas de la diversidad que han estado en nuestra jurisprudencia. La primera es el derecho a la autodeterminación. Toda persona tiene un derecho a una esfera de la individualidad personal. Dentro de esa esfera, si no afecta a terceros, que es lo que dice el artículo 19 de la Constitución Nacional, puede hacer lo que quiere. Dejemos tranquilas a las personas para que vivan y decidan como quieren vivir. No necesitamos que nadie, por cualquier razón que invoque, pretenda regular la vida privada, las decisiones personales, en varios campos que hacen a la plenitud del desarrollo de las personas en una sociedad multicultural. Esto también lo ha dicho la Corte y muchísimos tribunales de todo el país. Creo que también es una política de Estado. El segundo aspecto es, dentro de la pluralidad de ideas, el derecho de criticar. La Corte lo ha afirmado, en particular con referencia al periodismo, el derecho de acceso a la información, el derecho de crítica y el derecho a participar en los debates públicos. Últimamente la Corte ha dicho que la actividad del periodista o de la periodista, de las personas, no hablamos aquí de las empresas sino de las personas, está asimilada al artículo 19 de la Constitución, es decir, no hay regulación salvo que afecte a derechos de terceros. En esto seguimos al pie de la letra en muchos casos la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Una tercera faceta es que hay que fortalecer el debate público. Lo hemos dicho recientemente. Pero nos parece que es muy importante prestar atención a cómo se hace este debate público. Porque observamos que cuando alguien expresa una idea o argumento, no se contesta esa idea o argumento, se ataca a la persona, se la agravia, se demonizan personas o grupos. Esto es algo que nos preocupa y está generalizado, no hablamos de un sector, todos lo sufren, aquí y en muchas partes del mundo. Contrariamente a lo que se pensaba, esto se ha expandido por múltiples razones, que no vamos a profundizar aquí. Es importante decir que ya en el Medioevo se hablaba del argumento ad hominem. Esto fue censurado en muchas de las experiencias trágicas del siglo XX y que no debemos permitirlo. Está mal. Cuando alguien hace o dice algo, es mejor contestar con argumentos sobre lo que dijo o hizo, pero no es bueno atacar a las personas, a los grupos, demonizar, o hacer lo que vemos que se

hace. En este sentido, unas reglas mínimas del debate democrático son fundamentales. Por eso, la Corte ha trabajado en las audiencias públicas para contraponer argumentos, para que vean todos que, aun los temas más difíciles, pueden ser debatidos, discutidos, sin que nos ocurra nada. No es tolerable que sigamos con estas prácticas. Las sociedades declinan cuando toleran lo que es intolerable. En esto tiene mucho que ver cómo pensamos el mundo. Si la naturaleza es diversa, ¿por qué pretendemos la homogeneidad en la cultura? Si la naturaleza es compleja, ¿por qué pretendemos simplicidad en la sociedad? Hoy necesitamos un cambio de paradigma incluso en la gobernabilidad.

El gran problema de la gobernabilidad actual es cómo se gobierna con paradigmas diferentes, sociedades multiculturales, cómo se gobierna la diversidad y cómo se definen instituciones capaces de contener la diversidad. Este es uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo. Por eso hemos dicho que hay que promover una cultura del encuentro. Esto no significa que no tengamos discusiones ni conflictos, que son buenos en la sociedad y son los motores del cambio social. Pero el encuentro, que es el acuerdo sobre algunos principios básicos, que son nada más y nada menos que los derechos fundamentales. Es importante, porque, de lo contrario, nosotros vamos por mal camino si no logramos tener unos consensos básicos, que son los que están la Constitución, que son en los que más o menos coincidimos generacionalmente. Aquí se ha dicho con frecuencia que la idea de consensos básicos es algo en lo cual todos coinciden pero que es muy difícil practicar. Sin embargo, cuando uno enumera todas estas cuestiones, creo que no hay tantas diferencias. Las diferencias están en los conflictos de superficie. Por eso, muchas veces nosotros hacemos este tipo de exposiciones, que parecieran que no están ni de un lado ni del otro, casi episcopales. A mí me gusta ese término porque nosotros hemos tenido una trágica historia generacional de la cual debemos aprender. Hemos sido todos militantes de verdades parciales, y es bueno seguir siéndolo, es bueno luchar por lo que uno cree, pero las sociedades tienen que tener bases de funcionamiento común, una casa que nos contenga a todos. Dentro de esa casa, podemos pelear, podemos discutir, pero tenemos que crear una casa común. Por eso, nosotros insistimos mucho en este tema de que la Corte puede intervenir en la agenda pública, iluminando algunos temas en los cuales la sociedad debe discutir, y luego ponerse de acuerdo, y luego, desarrollar políticas de Estado basadas en esos consensos básicos.

Creo que también es necesario referirnos a las reformas del Poder Judicial. Porque todo esto que nosotros decimos, que es jurisprudencia de la Corte en la interpretación constitucional, requiere también de reformas del Poder Judicial. Hace mucho años que todos nosotros decimos que hay que reformar el Poder Judicial. Creo que esto es innegable, porque el mundo ha cambiado, han cambiado las necesidades de nuestro pueblo, porque hay que cambiar y adaptarse. El primer punto en que hay que ponerse de acuerdo es cuál es la orientación de las reformas del Poder Judicial. Nosotros hemos dicho que la primera cuestión que hay que tener en cuenta es acercar la Justicia a la gente. El tema del acceso. No puede ser que nosotros sigamos con un diseño como era en el siglo XIX, donde la gente iba al centro a litigar y eran pocas personas. Entonces los tribunales estaban en la plaza, en el centro. Hoy ya no es así. Debemos poner los jueces donde están los conflictos. Acercar la Justicia a la gente significa en primer lugar eso. Por eso insistimos nosotros, y esta es una política de Estado de la Corte (en violencia doméstica, por ejemplo), en que sería muy bueno que nos pongamos de acuerdo en designar jueces en pequeñas causas, mediadores, en los barrios, en los lugares donde hay conflictos. Designar mediadores que le brinden soluciones concretas a la gente o jueces que resuelvan rápido conflictos de todo tipo. Y esto pacifica y le da un derecho que no tiene a la gente. ¿Cuál es el derecho del que nosotros hablamos que se practica en nuestras villas, del cual todos hablamos? ¡Cuidado con esto! Tenemos que llevar el derecho a todos los lugares. En aquellas regiones del país donde hay grandes distancias tenemos que crear jueces móviles, que se trasladen. Tenemos que ponernos de acuerdo en designar jueces de pequeñas causas, mediadores, que acerquen la Justicia a la gente donde está el conflicto y no a la inversa.

El segundo gran cambio que necesita el Poder Judicial es el cambio en la celeridad. Estos son cambios organizativos, de los sustanciales ya hablamos, pero los cambios organizativos son fundamentales. Nosotros hemos hecho el año pasado una Acordada y están trabajando en materia penal los integrantes de la Cámara de Casación Penal, que han hecho un trabajo importante, y los miembros de las cámaras federales y de los tribunales orales. Hemos dado también participación a la Cámara Criminal y todos van a estar involucrados; aquellos que entienden y tienen experiencia en la materia. La idea es ver cómo podemos hacer, cuáles son las propuestas que tiene el Poder Judicial para acercarle a los demás poderes del Estado y para obtener una Justicia más rápida. Y este es un reclamo esencial de nuestro pueblo en

todos los sentidos. Es muy importante que nosotros hagamos un esfuerzo desde el Poder Judicial y convocamos a los jueces a que participen y luego hagamos llegar a los otros poderes del Estado propuestas concretas. Porque decimos siempre que las políticas de Estado deben ser participativas. Bueno hay que participar, hay que involucrarse. No crean que el Poder Judicial está de maravillas. Tenemos que transformarlo. Yo creo que tenemos que hacer un esfuerzo todos. Sin embargo, este esfuerzo debe ser una política de Estado. Debemos tener todas ideas claras hacia dónde vamos y qué es lo que queremos. Porque también es importante distinguir entre las justicias provinciales y Nacional con la justicia Federal. La gran mayoría de los conflictos que vive el ciudadano común pasan por las justicias provinciales y la justicia Nacional, aquí en la Capital. Y todos ellos también están haciendo transformaciones. En muchas provincias se han hecho reformas importantes. Y hay un esfuerzo desde hace muchos años de los jueces y juezas. Tampoco pensemos que nadie entiende la necesidad de transformar la justicia. Sí lo han hecho y tenemos muchos avances que mostrar, pero nunca va a ser suficiente. Creo que esta es una tradición que tenemos que cambiar. Debemos estar en la vanguardia del cambio y no en la retaguardia. Pero reitero, creo que en el Poder Judicial es esencial que nos pongamos de acuerdo hacia dónde vamos. Y una Justicia más rápida, una Justicia que tenga más cercanía a la población es fundamental. Yo creo que en esto también hay que agradecer el esfuerzo que hacen muchísimos funcionarios, muchísimos empleados judiciales, jueces y juezas, a lo largo y a lo ancho del país, por trabajar y esforzarse y lograr satisfacer a la gente. Esto es cierto y hay que reconocerlo y felicitarlos. Nosotros tenemos aquí una reunión permanente de presidentes de Cámaras Federales, reuniones con los tribunales orales. Tenemos permanente contacto con la Junta Federal de Cortes y la Asociación de Magistrados. Hay esfuerzos. Tenemos que coordinarlos con los demás poderes del Estado para que esto sea concreto y efectivo y volvamos nuevamente al problema de la implementación efectiva de lo que es la vocación de servicio que todos debemos tener. Servir es una manera de cumplir con la función que se nos ha encomendado.

Creo también que todos estos temas conducen a uno más importante y global que es el Estado de Derecho. La cuestión del Estado de Derecho implica que aclaremos algunas ideas al respecto que son importantes, porque a veces se habla en abstracto del Estado de Derecho sin los componentes que éste tiene. Sin el contenido de valores que he

mencionado. El Estado de derecho implica en primer lugar el reconocimiento de la democracia, porque primero se hablaba del Estado de Derecho sólo como legalidad, la idea de que la ley está por encima de todos, pero hoy se habla del Estado de Derecho Democrática, hace años que se habla del Estado de Derecho Democrático. Es decir, debemos respetar el funcionamiento de la democracia y en este sentido la Corte está muy comprometida y hemos criticado el año pasado, en ocasión de los 150 años de la Corte, el rol que ésta ha tenido en algunas épocas de la historia que mejor no recordar. Pero sí decir que la Corte y todo el Poder Judicial deben respetar el funcionamiento democrático y ese es un componente esencial del Estado de Derecho. Pero el funcionamiento del sistema democrático y de las mayorías, implica también la división de poderes, porque las mayorías pueden tomar decisiones que son inconstitucionales. El funcionamiento de las mayorías y minorías es esencial para la transformación de las sociedades y de los países y esto debemos admitirlo que es así. Allí es el campo de la política democrática. Pero hay un límite a eso y es el límite de los derechos fundamentales. En el Siglo XIX se pensaba que era el límite al soberano, que luego fue el límite al estado invasor; proteger los derechos del ciudadano común frente al Estado, que lo puede afectar. Es una de las facetas que aún hoy siguen siendo esenciales. En el Siglo XX apareció la cuestión de los poderes económicos y de la globalización y por eso también se comenzó a hablar de que el derecho también es un límite respecto de los poderes económicos o fácticos. Y en el Siglo XXI se comienza a hablar del problema de los recursos naturales y el derecho también es un límite a la apropiación de los recursos naturales para preservarlos para las futuras generaciones.

Es fundamental que tengamos en cuenta que la división de poderes tiene un sentido, que la función judicial tiene esta orientación y que el Estado de Derecho es un límite a los poderes estatales, a los poderes económicos y a todos aquellos que tienen por idea llevarse por delante los recursos naturales. Esto es esencial.

Creo que para redondear una idea final, hay dos ejemplos claros en el mundo de hoy en los cuales vemos la necesidad de este límite. El primero es el problema que asiste hoy en materia de derechos fundamentales a casi todo el planeta. No es que se avance. Se retrocede. Por eso hablamos nosotros de principio de no regresión: nunca menos, lo que se logró hay que mantenerlo y que nadie piense que si hay un cambio de humor estas cosas van a cambiar. Por eso decimos

nosotros, en materia de juicios de lesa humanidad, que esto forma parte del contrato social de los argentinos, porque ha sido sostenido por los tres poderes del Estado y si hay alguien que piensa que esto va a cambiar está equivocado. Nosotros sostenemos esto como una política de Estado y estamos relanzando este año la Comisión Interpoderes y les pedimos a los demás poderes del Estado que concurran, que vengan, para ver cómo hacemos para terminar estos juicios guiados por el principio del debido proceso.

El segundo tema y ejemplo que se vive en el mundo es la cuestión ambiental, que para mí es el tema central del cual tenemos que hablar en los próximos años. Y lamentablemente no forma parte de la agenda pública, pero es un tema importantísimo, porque hoy cuando empieza a haber crisis económica en muchos países, lo primero que se hace es retroceder en materia de derechos ambientales. Y no hay manera de que esto suceda sino se pone un límite. Y tenemos que poner un límite, porque la cuestión ambiental se ha vuelto tan trascendente, que nosotros, sin darnos cuenta, hemos comenzado a tenerle miedo a las tormentas. En la experiencia cotidiana está la cuestión ambiental. Si una ciudad se inunda, y las inundaciones son cada vez más frecuentes, en 24 horas volvemos a la edad de piedra. Podemos no tener luz, ni servicios, ni medicamentos. Llega la noche y la ciudad está oscura y no hay control social. Esto ha pasado en muchas ciudades del mundo; en 24 horas se cae la civilización. Es frágil nuestro sistema si nosotros no prestamos atención. Es difícil e irónico prometerles a los jóvenes un futuro si no nos ocupamos del tema ambiental. Y esto es algo en lo que tenemos que insistir en todos los gobiernos del mundo, que no están haciendo precisamente eso. A nosotros nos parece que la cuestión ambiental, el cuidado de los recursos naturales, el cuidado de todo lo que tenemos en nuestra región es esencial para que nosotros podamos tener un futuro, para que nuestros hijos y nuestros nietos puedan vivir y gozar de los mismos bienes que nosotros tenemos. Y estos son problemas que han sucedido y van a suceder. Son problemas constantes. La litigiosidad ambiental es la principal litigiosidad que ya tenemos hoy en la Argentina. Y en el mundo es creciente. Pero acá hacen falta posiciones personales fuertes y políticas de Estado, porque cuando llega la hora de los intereses necesitamos una ética personal.

Y quiero para terminar contarles algo que yo siempre cito, que me parece extraordinario porque fue escrito en el Siglo XIX por Ibsen, esa obra que se llama “Un enemigo del pueblo”, en la que había un médico

que era el héroe del pueblo porque curaba a las personas de un pequeño balneario y un día descubre que las aguas del lugar están contaminadas. Al principio se alegra todo el pueblo porque les advierte sobre los riesgos de enfermedad, pero cuando les dice que hay que clausurar ese balneario, comienzan las reacciones, los intereses y empiezan todos a combatirlo. Y finalmente este juego de intereses que hay detrás de cada problema hace que hagan una asamblea y que declaren a este médico, que era un héroe, el enemigo del pueblo. Y el doctor Stockmann termina diciendo algo que es impresionante: yo al principio descubrí que lo que estaba contaminado eran las aguas, pero ahora me doy cuenta que lo que están contaminadas son las bases morales de la sociedad. Y es aquí donde nosotros tenemos que pensar adecuadamente qué estamos haciendo. Yo creo que todos debemos tener una idea clara de los principios morales que nos guían, una ética de los vulnerables, una ética ambiental, una defensa del Estado de Derecho, una defensa de la división de poderes. Estos son los principios fundamentales que han guiado a la Corte, que han marcado su agenda, y que lo seguirán haciendo en el futuro, esté quien esté. Esta es la agenda constitucional de una generación. Por eso quiero cerrar invitándolos a todos a participar, a involucrarse, a los jueces y juezas que tanto nos han apoyado - y nosotros a ellos- a que trabajemos en común y que hagamos los esfuerzos necesarios que nos pide nuestra población. Nada más. Muchas Gracias.

ACORDADAS Y RESOLUCIONES

AÑO 2014

FEBRERO – JULIO

Acordadas (*)

1. Crear la Oficina de Justicia Ambiental bajo la superintendencia directa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. -N° 1-.
2. Crear el Sistema Único de Administración de Peritos y Martilleros de la Justicia Nacional y Federal (SUAPM). -N° 2-. Ver: Ampliación de plazos (aviso de fecha 20/10/2014).
3. Disponer la habilitación del Juzgado Federal de Primera Instancia con asiento en la ciudad de Rafaela, provincia de Santa Fe. -N° 3-.
4. Establecer que es facultad exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la captura y transmisión de toda actividad procesal que se desarrolle en el Poder Judicial de la Nación, que por su naturaleza merezca difusión pública, quedando a su disposición los recursos tecnológicos necesarios de toda la jurisdicción para su concreción. -N° 4-.
5. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 10% a partir del 1° de Marzo de 2014, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación. -N° 5-.
6. Implementar el sistema de protocolización de sentencias e interlocutorios en un libro único a partir del 14 de Abril de 2014 para todos los fueros e instancias del Poder Judicial de la Nación que cuenten con el Sistema de Gestión Judicial. -N° 6-.

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

7. Postergar hasta el 19 de Mayo de 2014 la implementación del Sistema de Notificaciones Electrónicas en los Juzgados de Primera Instancia Nacionales y Federales conforme lo dispuesto en la Acordada CSJN N° 38/13. -N° 7-.
8. Declarar inhábil el día 10 de Abril de 2014 para los Tribunales Nacionales y Federales del país. -N° 8-.
9. Aprobar el “Reglamento de presentación y consulta de las declaraciones juradas patrimoniales integrales de los magistrados y funcionarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” y los formularios de “Declaración jurada patrimonial integral (Anexo público)” y su “Anexo reservado”. -N° 9-.
10. Asignar a la Secretaría Judicial N° 2 de la CSJN la tramitación de todos los recursos que versen sobre temas de derecho previsional, la que asimismo entenderá en aquellas tareas de esa naturaleza que el Tribunal o su Presidente le encomendaren. Designar Secretaria interina de la CSJN a la Doctora Mónica ZITO para desempeñarse como titular de dicha Secretaría Judicial. Disponer que la Secretaría Judicial N° 1 tomará intervención en los asuntos de derecho civil, que hasta el presente eran de conocimiento de la Secretaría anteriormente indicada. -N° 10-.
11. Incorporar la notificación a Defensores y Fiscales respectivamente mediante el Código Único de Identificación de Defensorías (CUID) y de Fiscalías (CUIF). -N° 11-.
12. Establecer en la suma fija mensual de pesos tres mil cuatrocientos noventa y tres (3.493,00), la asignación especial denominada “ex-combatiente Islas Malvinas”. -N° 12-.
13. Feria Judicial Julio 2014. -N° 13-.
14. Dirigirse al Congreso de la Nación a fin de solicitar que se considere la necesidad o conveniencia de poner en ejercicio sus facultades legislativas a fin de crear nuevos tribunales con competencia en materia de seguridad social, de dictar las disposiciones que permitan abreviar los procedimientos, de establecer los mecanismos que disminuyan la litigiosidad y que incentiven el acatamiento

to, por parte de las autoridades administrativas, de las reglas de derecho establecidas consistentemente por esta Corte. Dirigirse al Poder Ejecutivo a fin de solicitarle que se considere la necesidad o conveniencia de poner en ejercicio sus facultades como Jefe del Gobierno de la Administración Central de la República, a fin de disponer lo necesario para que las agencias bajo su ámbito lleven a cabo un acatamiento institucional de las decisiones reiteradamente tomadas por esta Corte como tribunal supremo y último intérprete de la Constitución Nacional y de sus leyes reglamentarias, en materia de determinación del haber inicial, de movilidad del haber, y de toda otra materia en que se hayan establecido consistentemente reglas de derecho; y de adoptar toda otra medida que se considere apropiada para el mejor logro del propósito que se persigue. Dirigirse al Ministerio Público Fiscal a fin de solicitar que se considere la necesidad o conveniencia de poner en ejercicio sus facultades procesales para que, en las causas judiciales de que se trata, sus magistrados tomen una participación activa y rápida en defensa de la supremacía de la Constitución y de la legalidad; y al Ministerio Público de la Defensa, con el objeto de que se sirva considerar la necesidad o conveniencia de tomar participación procesal para evitar situaciones de privación de justicia. Dirigirse al Consejo de la Magistratura de la Nación a fin de que provea eficazmente a la Cámara Federal de la Seguridad Social de los recursos materiales, humanos y financieros necesarios para superar la crisis de que se trata. Dirigirse a la Cámara Federal de la Seguridad Social con el objeto de que a) considere habilitar días y horas, para magistrados y funcionarios, a fin de concretar inmediatamente el desplazamiento de la competencia decidido en la causa OM.766.XLIX “Pedraza Héctor Hugo c/AN-SeS s/ Acc. de amparo” b) considere habilitar días y horas, para magistrados y funcionarios, para la clasificación, tramitación y decisión, de todos los asuntos que se mantienen radicados ante su estrado c) Se sirva adoptar un criterio de excepcionalidad en sus decisiones concernientes a autorizaciones que requieran funcionarios y magistrados para el ejercicio de la docencia, licencias que no resulten compatibles con la situación de colapso que se reconoce d) y e) se sirva elevar informes quincenales. -N° 14-

15. Visto el fallecimiento de la Dra. Carmen María ARGIBAY, dirigir una nota de condolencia a la familia de la Señora Ministra e incluir su nombre en las tablas de honor del Tribunal. -N° 15-

16. Adecuar el monto fijado en el segundo párrafo del artículo 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el importe de \$ 50.000.-, entrando en vigor a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial, para las demandas o reconvencciones que se presenten desde esa fecha. -N° 16-.
17. Aprobar el orden de mérito y efectuar las designaciones en la categoría de Perito Calígrafo del Cuerpo de Peritos Calígrafos Oficiales de la CSJN de: Cecilia GURRUCHAGA, María Cecilia VALDEZ LEGUIZAMON, Domingo Antonio GONZALEZ, María Nazarena ABELAR, Susana Eugenia TOSCANO. -N° 17-.
18. Disponer que la Sala de Audiencias sita en la planta baja del Palacio de Tribunales pasará a denominarse “Salón de los Derechos Humanos”. -N° 18-.
19. Autoridades de Feria judicial de Julio 2014. -N° 19-.
20. Disponer que la Oficina de la Mujer, creada por Acordada CSJN N° 13/09, dependerá de forma directa de la Señora Ministra Dra. Elena I. Highton de Nolasco. -N° 20-.
21. Declarar de interés el XX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina. Nuevas prácticas y narrativas: aportes desde la justicia”. -N° 21-.
22. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 15% a partir del 1° de Junio de 2014, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación. -N° 22-.

Resoluciones (*)

1. Disponer un reajuste en las cuotas correspondientes a los afiliados extraordinarios de la OSPJN y en los montos mínimos establecidos para los afiliados adherentes, con vigencia a partir del 1° de enero de 2014. -N° 8-.

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

2. Disponer que a partir del 1° de Abril de 2014 las consultas de saldos a los Bancos de la Nación Argentina y Ciudad de Buenos Aires se realicen únicamente por medio de la aplicación informática diseñada al efecto, como así mismo el pedido de chequeras al Banco Ciudad de Buenos Aires. Disponer que las cuentas judiciales sin saldo en las que no se hayan generado movimientos durante los últimos dos años podrán ser dadas de baja por los mencionados bancos. -N° 400-.
 3. Llamar a Concurso Abierto de Antecedentes y Oposición, a fin de cubrir 26 cargos de perito en el Cuerpo Médico Forense de la C.S.J.N. conforme los requisitos, plazos y el procedimiento fijado por el Reglamento de Concursos. Fijar el plazo de inscripción de las/os interesadas/os en concursar en 15 días, a partir de la publicación de este llamado en el Boletín Oficial. -N° 491-.
 4. Autorizar a la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación a realizar el acto eleccionario del 15 de Abril de 2014 en los espacios indicados. -N° 626-.
 5. Suspender el ingreso de detenidos al Centro de Detención Judicial (U.28) a las alcaldías Penal Federal (U.29), Correccional Lavalle, Correccional Juncal, Penal Insp. Gral. Roberto Pettinato, Penal Cnel. (RE) Miguel Angel Paiva, Federal de La Plata y Federal de Lomas de Zamora dependientes del Servicio Central de Alcaldías (U.28) durante los días 17, 18, 19 y 20 de Abril de 2014 y disponer que los que ya estuvieran alojados o en tránsito al día 16 de Abril de 2014 deberán ser derivados a otros establecimientos. -N° 628-.
 6. Disponer un reajuste en las cuotas correspondientes a los afiliados extraordinarios de la OSPJN y en los montos mínimos establecidos para los afiliados adherentes, con vigencia a partir del 1° de Abril de 2014. -N° 644-.
-

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA

FEBRERO

**COMPAÑÍA DE TIERRAS DEL SUD ARGENTINO S.A.
c/ CHUBUT, PROVINCIA DE Y OTROS S/ ACCIÓN DECLARATIVA**

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Si la actora impugna la resolución 587/07 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAD) y el convenio celebrado por esa institución y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, que le habrían dado sustento a la inclusión de sus inmuebles en el “Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas-Ejecución de la Ley 26.160” y que se identifican como violatorios de los arts. 14 y 17 de la Constitución, de la ley 26.160 y de su decreto reglamentario 1122/07, los actos federales cuestionados emanaron del poder público del Estado Nacional, circunstancia que revela que los sujetos pasivos legitimados son las autoridades nacionales que los ejecutaron, las que por otra parte son las únicas que resultarían obligadas y con posibilidad de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado, por lo que al no estar sustancialmente demandada la provincia, el proceso resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema si de los términos de la demanda se desprende que la Provincia del Chubut ha participado en la inclusión de la propiedad de la demandante en el “Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas-Ejecución de la ley 26.160”, razón por la cual, en el limitado marco de conocimiento que ofrece la cuestión de competencia, cabe considerarla parte sustancial en el pleito en el pleito y la cuestión aparece como nitidamente federal, en la medida en que el derecho que se pretende hacer valer está directa e inmediatamente fundado en el art. 75, inc. 17 de la Ley Fundamental, en la ley mencionada y en su de-

creto reglamentario (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi).

MEDIDA CAUTELAR

Corresponde hacer lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada y ordenar a la Provincia del Chubut, al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y a la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco que deberán abstenerse de inscribir en la Dirección General de Catastro e Información Territorial del Chubut todo relevamiento que se hubiere efectuado o que se realice en el futuro, del inmueble sobre el que trata la disputa (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A. deduce la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Chubut, el Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación — Secretaría de Políticas Sociales y de Desarrollo Humano — Instituto Nacional de Asuntos Indígenas [INAI]) y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, a fin de obtener que cese el estado de incertidumbre en que se encuentra respecto de su derecho de propiedad sobre los inmuebles “Colonia Lepa y Esquel”, Sección 111 del Departamento Cushamen de la Provincia de Chubut, cuyo dominio está inscripto desde 1986 en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Chubut, al Tomo 337, Folio 5, Finca 60.388.

Asimismo, solicita que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 587/07 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y el convenio CONVSJB: 0000037/2009 suscripto entre dicho organismo y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, el 14 de octubre de 2009, para ejecutar el “Relevamiento Técnico, Jurídico y Catastral” de la situación dominial de las comunidades indígenas asentadas en jurisdicción provincial, ordenado por la ley nacional 26.160, que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras

que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, y su decreto reglamentario 1122/07.

Señala que también dirige su demanda contra la Provincia del Chubut puesto que participó a través de la Unidad Ejecutora Provincial, en la ejecución del programa de relevamiento.

Manifiesta que al aplicar dichos actos federales se incluyeron en dicho relevamiento inmuebles de propiedad privada, como los que ostenta, en vez de abarcar únicamente aquellos en los que los pueblos indígenas detentaran la posesión actual, tradicional y pública, fehacientemente acreditada, tal como lo establece la ley nacional 26.160.

Indica que si bien estos terrenos son de su titularidad uno de sus lotes fue invadido por intrusos con el pretexto de pertenecer a familias indígenas que ocupaban en forma “ancestral” la región, lo cual motivó el inicio de la causa 159-159-03, “Nahuelquir, Rosa Sara; Curiñanco, Atilio s/ usurpación Compañía de Tierras Sur Argentino s/ damnificado”, ante el Juzgado Correccional de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, Esquel (Expte. 4592/2002), quien hizo lugar a la demanda.

A pesar de ello, el terreno fue nuevamente ocupado por intrusos, por lo cual se promovió otra causa para recobrar la posesión y obtener su restitución, “Compañía de Tierras Sud Argentino c/ Curiñanco, Cristian Fabián y otros s/ sumario” (Expte. 59/2007), en la que también se hizo lugar al reclamo.

No obstante, estando pendiente de sentencia ante la cámara la segunda de estas causas, fue suspendido el trámite de las actuaciones al momento que el INAI notificó que estaba siendo ejecutado el “Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas — Ejecución de la ley 26.160”, el cual incluía el lote en litigio, que permaneció ocupado por los demandados.

Es por ello que califica a dichos actos federales como violatorios de su derecho de propiedad y de los arts. 14 y 17, de la Constitución Nacional, de la ley nacional 26.160 y de su decreto reglamentario 1122/07.

Solicita que se dicte una medida cautelar para que se suspenda la ejecución de la resolución 587/2007 y sus actos consecuentes sobre los inmuebles de su titularidad.

A fs. 15, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público, del incidente de medida cautelar.

A fs. 20, previo a dictaminar, se solicitó a V.E. que remitiera el expediente principal con la documental ofrecida por la actora en el acápite XI de su demanda.

- II -

A efectos de 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: 311:879 y 1822; 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105; 330:4804, entre muchos otros).

Asimismo, esa calidad de parte debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Fallos: 307:2249; 308:2621; 314:405; 321:2751; 322:2370), pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de esa instancia originaria.

En mérito a lo señalado, entiendo que ese requisito, *prima facie* y dentro del limitado marco cognoscitivo propio de la cuestión de competencia bajo examen, no se encuentra cumplido en autos.

En efecto, de los términos de la demanda —a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con los arts. 4° y 5°, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230—, así como de la documental ofrecida, se desprende que la actora impugna un acto nacional, la resolución 587/07 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y el convenio celebrado por esa institución y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, sin lograr individualizar ni concretar los hechos y las omisiones de carácter antijurídico en que habrían incurrido las autoridades provinciales de los que se derive un daño para ella, pues sólo se refiere a la intervención de la Provincia de Chubut en la ejecución del programa de relevamiento de un modo genérico, al citar los puntos II. f y III del citado convenio (v. anexo V).

En tales condiciones, no se advierte que la Provincia de Chubut esté sustancialmente demandada en autos, esto es, que tenga un interés directo en el pleito que surja en forma manifiesta de la realidad jurídica expuesta.

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 a otros casos no previstos, 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, 28 de noviembre de 2012. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de febrero de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que la Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A. promueve la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia del Chubut, el Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación - Secretaría de Políticas Sociales y de Desarrollo Humano - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas [INAI]) y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, a fin de que se despeje el estado de incertidumbre acerca de los alcances y eficacia de su derecho de propiedad sobre los inmuebles denominados “Colonia Lepa y Esquel”, ubicados en la sección J-III del departamento Cushamen de la provincia demandada, cuyo dominio posee desde el año 1896, y que se encuentra inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble provincial al tomo 337, folio 5, finca 60.388.

Asimismo, solicita que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 587/07 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y del convenio suscripto el 14 de octubre de 2009 entre ese organismo y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (CONV. SJB: 0000037/2009), con el objeto de implementar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras que en forma tradicional, actual y pública ocupan las comunidades de los pueblos indígenas asentadas en jurisdicción provincial, dispuesto por la ley nacional 26.160 y su decreto reglamentario 1122/07.

Sostiene que la resolución impugnada altera el presupuesto esencial según el cual deben relevarse las tierras ocupadas por indígenas argentinos con posesión actual, tradicional, pública y fehacientemente acreditada, reemplazando esas condiciones establecidas en la ley 26.160 por una supuesta posesión indígena ajena a la prevista en el Código Civil, con el deliberado propósito —según esgrime— de alcanzar

en el relevamiento propiedades privadas, como las de su dominio, que fueron usurpadas y quitadas a sus dueños.

Indica que si bien los terrenos indicados son de su titularidad, uno de sus lotes fue invadido por intrusos con el pretexto de pertenecer a familias indígenas que ocupaban en forma “ancestral” la región, lo cual motivó el inicio de la causa 159-159-03 caratulada “Nahuelquir, Rosa Sara; Curiñanco, Atilio s/ usurpación Compañía de Tierras Sur Argentino s/ damnificado”, ante el Juzgado Correccional de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, Esquel, en la que se dictó sentencia haciendo lugar a la demanda.

A pesar de ello —señala—, las tierras fueron nuevamente ocupadas por intrusos, por lo cual se promovió otro proceso para recobrar la posesión y obtener su restitución ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Esquel, caratulado “Compañía de Tierras Sud Argentino c/ Curiñanco, Cristian Fabián y otros s/ sumario” (expte. n° 59/2007), en el que también se hizo lugar al reclamo. No obstante —continúa—, encontrándose pendiente la sentencia de segunda instancia ante la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, fue suspendido el trámite de las actuaciones con motivo de que el INAI informó que estaba siendo ejecutado el “Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas-Ejecución de la ley 26.160”, el cual incluía el lote en litigio, que permaneció ocupado por los allí demandados.

Dirige su demanda contra la Provincia del Chubut puesto que integra la Unidad Ejecutora Provincial constituida para la ejecución del programa de relevamiento, y habría participado con las codemandadas en la ilegítima inclusión de su propiedad, facilitando su personal y registros.

Solicita que se dicte una medida cautelar para que se suspenda la ejecución de la resolución 587/2007 y sus actos consecuentes sobre los inmuebles de su titularidad.

2°) Que a efectos de que una provincia pueda ser tenida como parte y proceda, en consecuencia, la competencia originaria de la Corte prevista en el artículo 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: 311:879 y 1822; 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105, 330:4804, entre muchos otros).

Asimismo, esa calidad de parte debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Fallos: 307:2249; 308:2621; 314:405; 321:2751; 322:2370), pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de la instancia originaria.

3°) 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 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 322:2370; 323:1217—, se desprende que el objeto de la pretensión no permite atribuirle a la Provincia del Chubut el carácter de parte adversa, pues la actora impugna la resolución 587/07 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y el convenio celebrado por esa institución y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, que le habrían dado sustento a la inclusión de sus inmuebles en el “Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas-Ejecución de la Ley 26.160”, y que se identifican como violatorios de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, de la ley 26.160 y de su decreto reglamentario 1122/07 (fs. 8).

En efecto, los actos federales cuestionados emanaron del poder público del Estado Nacional, circunstancia que revela que los sujetos pasivos legitimados son las autoridades nacionales que los ejecutaron, las que, por otra parte, son las únicas que resultarían obligadas 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).

Ello impide vincular de manera directa e inmediata a la Provincia del Chubut con la conducta lesiva descrita, máxime cuando la actora no ha logrado individualizar ni concretar hechos u omisiones en los que hubieran incurrido las autoridades provinciales de los que se derive un daño para ella.

4°) Que no empece a lo expuesto la circunstancia de que la Unidad Provincial esté integrada —entre otros— por un representante del Po-

der Ejecutivo local, pues dicha Unidad no es parte del convenio suscripto el 14 de octubre de 2009 tal como expresamente surge de su texto, y la realización del relevamiento técnico, jurídico y catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por comunidades indígenas en Chubut le fue encomendada a la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, que se ha constituido como “Equipo Técnico Operativo” (ETO), esto es, en el organismo administrador y ejecutor del Re.Te.C.I. en la provincia (v. prueba documental identificada como anexo V).

5°) Que en tales condiciones, no se advierte que la Provincia del Chubut esté sustancialmente demandada en autos, esto es, que tenga un interés directo en el pleito que surja en forma manifiesta de la realidad jurídica expuesta.

En razón de ello y dada la índole taxativa de la competencia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida a otros casos no previstos, por persona o poder alguno, este proceso resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte (Fallos: 32:120, y reiterado en Fallos: 270:78; 285:209; 302:63; 322:1514; 323:1854; 326:3642, entre muchos otros).

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, comuníquese a la señora Procuradora General y, oportunamente, archívese.

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

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT
Y DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que la Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A. promueve la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comer-

cial de la Nación, contra la Provincia del Chubut, el Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación - Secretaría de Políticas Sociales y de Desarrollo Humano - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas [INAI]) y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, a fin de que se despeje el estado de incertidumbre acerca de los alcances y eficacia de su derecho de propiedad sobre el inmueble denominado “Colonia Lepa y Esquel” de la sección J-III del departamento Cushamen de la provincia demandada, cuyo dominio posee desde el año 1896, y que se encuentra inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble provincial al tomo 337, folio 5, finca 60.388.

Asimismo, solicita que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 587/07 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y del convenio suscripto el 14 de octubre de 2009 entre ese organismo y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (CONV. SJB: 000037/2009), con el objeto de implementar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras que en forma tradicional, actual y pública ocupan las comunidades de los pueblos indígenas asentadas en jurisdicción provincial, dispuesto por la ley nacional 26.160 y su decreto reglamentario 1122/07.

Sostiene que la resolución impugnada altera el presupuesto esencial según el cual deben relevarse las tierras ocupadas por indígenas argentinos con posesión actual, tradicional, pública y fehacientemente acreditada, reemplazando esas condiciones establecidas en la ley 26.160 por una supuesta posesión indígena ajena a la prevista en el Código Civil, con el deliberado propósito —según esgrime— de alcanzar en el relevamiento propiedades privadas, como las de su dominio, que fueron usurpadas y quitadas a sus dueños.

Indica que si bien los terrenos indicados son de su titularidad, uno de sus lotes fue invadido por intrusos con el pretexto de pertenecer a familias indígenas que ocupaban en forma “ancestral” la región, lo cual motivó el inicio de la causa 159-159-03 caratulada “Nahuelquir; Rosa Sara; Curiñanco, Atilio s/ usurpación Compañía de Tierras Sur Argentino s/ damnificado”, ante el Juzgado Correccional de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, Esquel, en la que se dictó sentencia haciendo lugar a la demanda.

A pesar de ello —señala—, las tierras fueron nuevamente ocupadas por intrusos, por lo cual se promovió otro proceso para recobrar la

posesión y obtener su restitución ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Esquel, caratulado “Compañía de Tierras Sud Argentino c/ Curiñanco, Cristian Fabián y otros s/ sumario” (expte. n° 59/2007), en el que también se hizo lugar al reclamo. No obstante —continúa—, encontrándose pendiente la sentencia de segunda instancia ante la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, fue suspendido el trámite de las actuaciones con motivo de que el INAI informó que estaba siendo ejecutado el “Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas-Ejecución de la ley 26.160”, el cual incluía el lote en litigio, que permaneció ocupado por los allí demandados.

Afirma que la reglamentación dictada por el INAI aquí impugnada, impone objetivos, principios y procedimientos que violan normas de jerarquía superior, cuales son el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, la ley 26.160 y el decreto 1122/2007, en tanto equipara la mera ocupación de las personas que clandestinamente se encuentran dentro de su propiedad, con la legítima situación de los pueblos originarios que pudieren alegar posesión actual, tradicional, pública y fehacientemente acreditada.

Destaca que recién tuvieron noticia extraoficial a través de trascendidos de la inclusión de su propiedad en el relevamiento, una vez que éste se había consumado, pues en el convenio cuestionado se estableció que toda la información relacionada con el proyecto denominado Programa Provincial es secreta y su divulgación se encuentra sujeta a una cláusula penal de \$ 218.872 (capítulo IV, puntos 1 y 2).

Dirige su demanda contra la Provincia del Chubut puesto que integra la Unidad Ejecutora Provincial constituida para la ejecución del programa de relevamiento, y habría participado con las codemandadas en la ilegítima inclusión de su propiedad, facilitando su personal y registros.

Solicita que se dicte una medida cautelar para que se suspenda la ejecución de la resolución 587/2007 y sus actos consecuentes sobre el inmueble de su titularidad, a cuyo fin requiere que se ordene a las demandadas que se abstengan de incluir a su propiedad dentro del régimen de la ley 26.160 y de inscribir en la Dirección General de Catastro e Información Territorial todo relevamiento que se hubiere efectuado o que se realice en el futuro.

2°) Que esta causa corresponde a la competencia originaria de la Corte *ratione personae* y *ratione materiae*.

En efecto, 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 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 322:2370; 323:1217—, se desprende que la Provincia del Chubut ha participado en la inclusión de la propiedad de la demandante en el “Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas-Ejecución de la Ley 26.160”, razón por la cual, en el limitado marco de conocimiento que ofrece la cuestión de competencia, cabe considerarla parte sustancial en el pleito.

En su mérito, corresponde sustanciar el proceso en esta instancia como única manera de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales de las que gozan tanto la provincia a no ser juzgada por los tribunales inferiores de la Nación, en virtud de la garantía de rango constitucional que al respecto le reconoce el artículo 117, como el Estado Nacional y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco al fuero federal, según el artículo 116 de la Ley Fundamental (doctrina de Fallos: 308:2054; 314:830; 315:158 y 1232; 322:1043, 2038 y 2263; 323:470, 1110; 324:2042 y 2859, entre muchos otros).

Por lo demás, tal como ha sido planteada, la cuestión aparece como nítidamente federal, en la medida en que el derecho que se pretende hacer valer está directa e inmediatamente fundado en el artículo 75, inciso 17 de la Ley Fundamental, en la ley 26.160 y en su decreto reglamentario, de manera que la causa es de las especialmente regidas por la Constitución a las que alude el artículo 2, inciso 1° de la ley 48 pues está en juego la inteligencia de una cláusula constitucional, y es parte una provincia (Fallos: 333:1386 y sus citas), y se sostiene que la disposición en la que se sustenta el actuar de las codemandadas sería totalmente contraria a aquéllas, al incluir en el derecho consagrado en el inciso 17 citado tierras que no están tradicionalmente “ocupadas” por los pueblos indígenas argentinos.

3°) Que este Tribunal ha establecido que si bien, por vía de principio, medidas como las requeridas no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre ba-

ses *prima facie* verosímiles (Fallos: 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695; 329:4822, 4829 y 330:2470).

Asimismo, ha dicho en Fallos: 306:2060 “que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”.

4°) Que en razón de la coincidencia del objeto de la cautela con el de la demanda, no puede admitirse que se ordene a los demandados abstenerse de ejecutar toda acción que implique incluir la propiedad de la actora en el relevamiento territorial previsto en la ley 26.160, en la medida en que el dictado de aquélla tendría los mismos efectos que la sentencia definitiva (Fallos: 327:2490, considerando 4°).

No obstante ello, sí corresponde atender al restante pedido efectuado desde que el “Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas-Ejecución de la Ley 26.160” no establece entre sus disposiciones la inscripción registral de su resultado, como por el contrario sí lo prevé el convenio suscripto el 14 de octubre de 2009 entre el INAI y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco con el objeto de implementarlo en la Provincia del Chubut, al imponer como carga de la Universidad la de “Promover la Inscripción en la Dirección General de Catastro Provincial de los Levantamientos Territoriales de las Comunidades relevadas en el marco del PROGRAMA PROVINCIAL” (punto V.1.k).

Tales circunstancias, y la necesidad de determinar si la inclusión de los inmuebles objeto de este proceso en el referido Programa Nacional se ajusta a las previsiones constitucionales y legales que lo regulan, permiten concluir que resulta aconsejable impedir la inscripción del relevamiento que se hubiere realizado o que se lleve a cabo en relación a aquéllos.

5°) Que por otra parte, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 36, inciso 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se requerirá a las codemandadas que informen al Tribunal si el relevamiento del inmueble objeto de este litigio ha finalizado, hacién-

doles saber que en el caso de que se encuentre aún en ejecución deberán otorgarle participación a su titular registral, la “Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A.”.

Asimismo, deberán informar cuáles son las razones que justifican y, en su caso, en qué previsiones legales se sustentaría la confidencialidad pactada en la cláusula IV.1 del Convenio Específico aquí impugnado, que determinaría el carácter secreto de toda la información relacionada con el relevamiento territorial “*en los términos y con los alcances previstos en la Ley Nacional N° 24.766, sus modificatorias y reglamentaciones*” (Anexo V de la documentación reservada).

6°) Que el Tribunal no examinará la previsión contenida en el artículo 4° de la ley 26.854, que dispone el requerimiento de un informe a la autoridad pública demandada en forma previa al dictado de una medida cautelar, pues la jurisdicción originaria prevista en la Constitución Nacional es ajena a aquélla, y no puede ser ampliada o restringida por disposición alguna; extremo que se configuraría en el caso si se la considera para situaciones ni siquiera contempladas legalmente.

En efecto, a esta Corte no se le pueden imponer limitaciones de orden procesal en el ejercicio pleno de las atribuciones constitucionales que el artículo 117 de la Ley Fundamental le ha encomendado en los asuntos que corresponden a su jurisdicción más eminente, como intérprete final de aquélla, guardián último de las garantías superiores de las personas y participe en el sistema republicano de gobierno (arg. Fallos: 329:2316).

Las altas razones institucionales que determinaron su consagración constitucional, y que en los casos que tienen lugar por razón de las personas —como el sub examine— es asegurar una justicia libre de toda sospecha de parcialidad, y evitar complicaciones con Estados extranjeros, y querellas entre Provincia y Provincia, que pondrían en peligro la paz y el orden público (Fallos: 14:425); impiden someterla al cumplimiento de requisitos previos tales como el previsto en la norma citada, ya sean estos legales o administrativos (Fallos: 334:1640 y sus citas).

Se trata, en definitiva, de la simple aplicación del principio de la supremacía de la Constitución dispuesto por su artículo 31, cuya consecuencia inmediata determina, como lo ha establecido esta Corte en

forma constante y reiterada, que su jurisdicción originaria y exclusiva, no está sujeta a las excepciones que pueda establecer el Congreso; limitada como lo está, no puede ser ampliada, restringida, ni modificada por persona o poder alguno, ni mediante normas legales (Fallos: 32:120; 250:774; 271:145; 280:176; 284:20; 302:63; 311:872; 316:965, entre otros).

7°) Que las cuestiones sometidas a la competencia prevista en el artículo 117 citado, de naturaleza muchas veces compleja, requieren en otras tantas ocasiones de soluciones inmediatas —aunque contingentes—, extremos que exigen de una experta administración más que de una decisión que se base en reglas procesales (arg. Fallos: 310:2478; 323:1877), y si se considerase que el informe previo a la decisión previsto en el artículo 4° de la ley 26.854 fue también contemplado para la jurisdicción en examen, se atentaría contra la inmediatez y la eminente función que la Constitución Nacional le ha otorgado a esta Corte.

Es preciso dejar expresamente establecido que no se sigue de lo expuesto que los juicios de competencia originaria no estén sometidos a ninguna regla procesal, sino que la aplicación de la sancionada el 24 de abril de 2013 limitaría en tal medida las atribuciones conferidas por la Ley Fundamental que no se vislumbra, ni de su letra ni del debate legislativo, que haya sido pensada para ser aplicable en esta instancia constitucional.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. II. Correr traslado de la demanda interpuesta, que se sustanciará por la vía del proceso ordinario, al Estado Nacional y a la Provincia del Chubut por el plazo de sesenta días; y a la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, por el plazo de quince días (artículos 338 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), más otros seis en razón de la distancia (artículo 158 del ordenamiento procesal). Para su comunicación librense oficios al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, al Juzgado Federal de Primera Instancia de Rawson a los efectos de notificar a los señores gobernador y fiscal de Estado de la provincia, y al Juzgado Federal de Primera Instancia de Comodoro Rivadavia en relación a la Universidad demandada. III. Hacer lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la Provincia del Chubut, al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y a la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, que deberán abstenerse

de inscribir en la Dirección General de Catastro e Información Territorial del Chubut todo relevamiento que se hubiere efectuado o que se realice en el futuro del inmueble denominado “Colonia Lepa y Esquel” de la sección J-III del departamento Cushamen de la provincia demandada, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble provincial al tomo 337, folio 5, finca 60.388. Notifíquese en las personas de los señores presidente del INAI, rector universitario y director general de catastro provincial, a cuyo fin, líbrense los correspondientes oficios. IV. Requerir al INAI, a la Provincia del Chubut y a la Universidad demandada mediante oficios que informen al Tribunal en el plazo de diez días si el relevamiento del inmueble referido ha finalizado, haciéndoles saber que en el caso de que se encuentre aún en ejecución deberán otorgarle participación a su titular registral, la “Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A.”. Asimismo, deberán informar en el mismo plazo cuáles son las razones que justificarían y, en su caso, en qué previsiones legales se sustentaría la confidencialidad pactada en la cláusula IV.1 del Convenio Específico aquí impugnado, que determinaría el carácter secreto de toda la información relacionada con el relevamiento. Notifíquese a la actora y comuníquese a la señora Procuradora General.

CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Parte actora: **Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A.**, representada por su apoderada **Dra. Agnés Sibileau**, con el patrocinio letrado del **Dr. Horacio Felipe Artigas**.

Parte demandada: **Provincia del Chubut; Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco**.

GRANILLO OCAMPO, RAUL ENRIQUE Y OTROS S/ RECURSO DE
QUEJA

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Si la conducta atribuida a los imputados -compra de inmuebles con dinero presuntamente proveniente del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público de su padre- habría comenzado a ejecutarse a partir del 1° de noviembre de 1994 y continuaría ejecutándose hasta el 1° de diciembre de 1999, ésta se iniciaría durante la vigencia de la ley 16.648 y aún cuando su último tramo se habría ejecutado encontrándose ya

vigente la ley 25.188, de acuerdo a los principios constitucionales corresponde aplicar la ley citada en primer término, por ser la que se ajusta al cumplimiento del principio de irretroactividad de la ley penal establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo que el pronunciamiento que aplicó la ley 25.188 debe ser dejado sin efecto.

-Los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay consideraron que el recurso debía desestimarse por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

I

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, confirmó lo resuelto en primera instancia en cuanto no se hizo lugar a la extinción de la acción penal por prescripción solicitada por la asistencia técnica legal de Nélida María B. R.; Enrique (h), Victoria y Lucas G. O. (fs. 9/19 y 23/26).

Por su parte, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal desestimó la queja deducida con motivo del rechazo del recurso de casación (fs. 2). En tal sentido, consideró que no se verificaba en autos — ni la defensa lo demostró— una prolongación injustificada del proceso desde que se concretó la imputación a los nombrados y de acuerdo con las pautas sentadas por V.E., para aplicar la excepción a la regla, según la cual no reúnen la calidad de sentencia definitiva las resoluciones como la que se intenta impugnar, cuya consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso (fs. 104/105).

Asimismo, sin dejar de resaltar que dicho óbice formal no se supe con la invocación de garantías constitucionales o de arbitrariedad, el *a quo* descartó por infundado el agravio que los recurrentes sustentaron en la presunta violación al derecho que tiene todo imputado a recurrir ante un tribunal superior, ya que no señalaron las razones por las cuales cabía extender al caso el criterio que, sobre la cuestión, emerge de la jurisprudencia internacional que se citó a tal efecto. Por igual defecto, desechó la gravedad institucional en la que también intentaron ampararse.

Contra este pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario, que fue concedido finalmente por las razones que lucen a fojas 164.

II

En esa presentación de fojas 112/119 se atribuye arbitrariedad al fallo por la contradicción y el excesivo rigor formal que exhibe, al rechazar el recurso de casación por una cuestión formal sin reparar en las circunstancias excepcionales oportunamente invocadas por la defensa y que, según el criterio del mismo tribunal, permitirían la apertura de esa instancia. Concretamente, el apelante alude en este sentido al error que importó avalar el criterio de la Cámara Federal que confirmó el rechazo del planteo de prescripción de la acción penal por considerar aplicable el art. 268 (2) del Código Penal, luego de la reforma introducida por la ley 25.188, en detrimento de su anterior redacción, que entendió más benigna.

En efecto, refiere que ese temperamento implicó apartarse de las constancias de la causa, toda vez que dos de los actos de escrituración que se investigan en autos se produjeron con posterioridad al período de investigación establecido en la causa, comprendido entre el 1º de octubre de 1994 y el 1º de diciembre de 1999, lapso durante el cual el cónyuge y padre de los imputados ejerció la función pública. En cuanto a la restante escrituración objeto de pesquisa, recién en la apelación federal advierte que dicho acto se cumplió —3 de diciembre de 1999— con anterioridad a la entrada en vigencia de aquella ley.

III

Cabe poner de resalto, ante todo, que decisiones como la impugnada, en cuanto declaran la improcedencia de los recursos interpuestos ante los tribunales de la causa no justifican, dada su naturaleza procesal, el otorgamiento de la apelación extraordinaria (Fallos: 300:436; 307:474; 312:294; 313:77). También es cierto que V.E. ha reconocido la excepción a ese principio cuando existe un apartamiento de las constancias de la causa, o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal, con menoscabo de la garantía constitucional de la defensa en juicio (Fallos: 319:399 y 1604; 322:702 y sus citas; 323:1449, entre otros).

Sin embargo, entiendo que esta última situación no es la que se presenta en el *sub judice* toda vez que el recurso extraordinario carece de la adecuada fundamentación, en la medida que el apelante no se hizo cargo ni refutó adecuadamente la ausencia de sentencia definitiva o equiparable a tal que impidió al tribunal ingresar en el análisis de los agravios en torno al rechazo de la prescripción de la acción penal (Fallos: 303:620; 305:171; 306:1401; 311:1695; 312:389;

314:481, entre muchos otros). Más aún, al ser éste también uno de los requisitos a los que el art. 14 de la ley 48 condiciona la admisibilidad formal del remedio federal, disiento con el criterio sostenido en el auto de fojas 164.

Sin perjuicio de ello, una detenida lectura de las actuaciones permite colegir que el *a quo*, a pesar del silencio del apelante, contempló incluso la posibilidad de sortear aquel principio al no advertir en el caso una prolongación injustificada del proceso, circunstancia cuya verificación resulta trascendente en casos como el presente, si se tiene en cuenta que V.E. ha llegado a reconocer que el instituto de la prescripción de la acción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar ese derecho constitucional que tiene todo imputado a obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable (Fallos: 329:445).

El recurrente tampoco se hizo cargo de este argumento, limitándose a reiterar sus críticas sustentadas en la supuesta afectación del principio que impone la aplicación de la ley penal más benigna. En tal sentido, corresponde señalar que la única mención al excesivo lapso transcurrido desde el inicio del proceso, se realizó en el recurso de apelación agregado a fojas 13/21, sin siquiera indicar los actos que, a su juicio, habrían dado lugar a dilaciones indebidas, ni demostrar que éstas tengan entidad suficiente para generar una restricción a ese derecho. Cabe recordar que la referencia a esas circunstancias propias de cada proceso aparece como ineludible, en la medida que no existen plazos automáticos o absolutos (conf. doctrina de Fallos: 327:327, votos de los doctores Fayt y Vázquez; 330:3640 y sus citas).

Precisamente con esta omisión de la defensa se vincula lo resuelto en el fallo impugnado, pues su propuesta resultaba especialmente exigible, reitero, para analizar la posible aplicación del referido criterio excepcional ante la ausencia del requisito de sentencia definitiva en el cual el *a quo* basó, en definitiva, la desestimación de la queja por casación denegada. En tales condiciones, cabe concluir que el pronunciamiento cuenta, en este aspecto, con suficientes fundamentos que no fueron debidamente rebatidos, lo que obsta a su descalificación como acto jurisdiccional.

IV

Por lo expuesto, soy de la opinión que V.E. debe declarar improcedente el recurso extraordinario de fojas 112/119. Buenos Aires, 21 de mayo de 2012. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de febrero de 2014.

Vistos los autos: “Granillo Ocampo, Raúl Enrique y otros s/ recurso de queja”.

Considerando:

1º) Que la defensa de los coimputados Raúl Enrique Granillo Ocampo (h), Victoria Granillo Ocampo y Lucas Granillo Ocampo interpuso ante el juez a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 5 Secretaría n° 10 un incidente de prescripción de la acción penal, respecto de sus pupilos, por entender que entre la fecha en que sus defendidos fueron citados a prestar declaración indagatoria y la fecha en que se presentó el requerimiento fiscal de elevación a juicio, había transcurrido cinco años y once meses, plazo que excede largamente el máximo de pena (cuatro años) previsto en el artículo 268, inciso 2º en la redacción prevista en la ley 16.648, vigente al momento de los hechos.

2º) Que el juez federal rechazó el mencionado incidente, porque entendió que el tiempo transcurrido no impedía que a los imputados pudiera aplicarse la figura del partícipe necesario, que prevé una pena de seis años, en cuyo caso la acción no se encontraría prescripta.

Planteada la apelación, la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional interpretó que, más allá del cuestionamiento de la parte y de la decisión del a quo, tres de los inmuebles fueron escriturados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.188, modificatoria de la redacción del artículo 268 inciso 2º, que prevé una pena máxima de seis años para la conducta y consecuentemente, esta no se encontraría prescripta.

3º) Que la defensa interpuso recurso de casación que le fuera denegado y originó una queja que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó, por no tratarse de una sentencia definitiva o equiparable a tal.

4º) Que contra esa resolución la defensa interpuso recurso extraordinario federal por arbitrariedad por excesivo rigor formal y centró su agravio en que las diferentes instancias, y con argumentos variados, le denegaron la aplicación de la ley más benigna a sus pupilos. Para ello tomó en cuenta que el período alcanzado por la imputación es el comprendido entre el 1 de octubre de 1994 y el 1º de diciembre de 1999, época en que el padre de sus defendidos y principal imputado en la causa, se desempeñó como funcionario público, ya que a partir de esa fecha no tenía la posibilidad de cometer el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Por los argumentos expuestos, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal concedió el recurso.

5º) Que superada una omisión en la notificación a la querrela, el señor Procurador General se expidió al respecto. En su dictamen, y luego de describir la vía recursiva, el Procurador entendió “...que decisiones como la impugnada, en cuanto declaran la improcedencia de los recursos interpuestos ante los tribunales de la causa no justifican, dada su naturaleza procesal, el otorgamiento de la apelación extraordinaria...” y entendió que la presente causa no merece trámite de excepción, porque “...el apelante no se hizo cargo ni refutó adecuadamente la ausencia de sentencia definitiva o equiparable a tal que impidió al tribunal ingresar en el análisis de los agravios en torno al rechazo de la prescripción de la acción penal”. Por ello, aconseja declarar improcedente el recurso extraordinario.

6º) Que si bien, en términos generales, las resoluciones que deciden la continuación del proceso no resultan sentencias definitivas o equiparables en los términos del artículo 14 de la ley 48, en la presente causa corresponde hacer una excepción a esa regla, y considerar procedente el recurso extraordinario interpuesto, toda vez que la sentencia que se cuestiona proviene del tribunal superior de la causa, ya que se impugna un pronunciamiento de la Cámara Federal de Casación Penal y suscita cuestión federal suficiente, en tanto que el cuestionamiento se vincula a la validez temporal de la ley penal, establecido en el artículo 2º del Código Penal de la Nación, y con el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional y el principio de aplicación de la ley penal más benigna, contemplado en el artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ellos incorporados a nuestra Carta Magna en su artículo 75 inciso 22.

7º) Que el principio de legalidad enunciado en el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que para que una persona pueda ser sometida a proceso, la conducta que se le imputa, así como la escala penal prevista para esa conducta, deben haber sido individualizadas en una ley sancionada de manera previa a la comisión del hecho, sentando así el principio de irretroactividad de la ley penal, el que reconoce como única excepción, la aplicación de la ley penal más benigna. El artículo 2º del Código Penal define claramente su alcance en el primer párrafo cuando dice: “*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.*” Similar temperamento contempla la legislación internacional mencionada en el considerando 6º.

8º) Que en el presente análisis, el tema central es establecer cuál es la ley que corresponde aplicar en relación con el caso en particular.

La presente causa se inicia por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público del principal imputado, doctor Raúl Enrique Granillo Ocampo, durante el período que va desde el 1º de octubre de 1994 y hasta el 1º de diciembre de 1999, mientras se desempeñaba como alto funcionario del gobierno nacional. En ese marco, los aquí recurrentes, hijos del mencionado funcionario, resultaron procesados por la compra de inmuebles con dinero presuntamente proveniente del delito, figura prevista en el artículo 268 (2) párrafo segundo. En el momento en que se produjeron los hechos, la redacción de la norma de referencia lo era de acuerdo a la ley 16.648 y establecía: “*La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años*”.

Encontrándose el expediente en trámite, el día 1º de noviembre de 1999 se publicó en el Boletín Oficial y para ser aplicada a los ocho días de su publicación, la ley 25.188, que modifica parte del Código Penal y entre otros, la redacción del artículo 268 (2), el que pasa a establecer en su tercer párrafo: “*la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho*” (reclusión o prisión de dos a seis años).

Fundado en que los actos de escrituración de tres inmuebles adquiridos a nombre de los recurrentes fueron ejecutados en los meses de noviembre y diciembre de 1999, el juez interviniente entendió que

era de aplicación la ley 25.188, vigente a esa fecha y claramente menos benigna que la anterior, en tanto eleva las penas conminadas para la conducta descrita en el tipo.

Dado que la conducta atribuida a los imputados habría comenzado a ejecutarse a partir del 1º de noviembre de 1994 y continuaría ejecutándose hasta el 1º de diciembre de 1999, esta se iniciaría durante la vigencia de la ley 16.648, y aún cuando su último tramo se habría ejecutado encontrándose ya vigente la ley 25.188, de acuerdo a los principios constitucionales, corresponde aplicar la ley 16.648, por ser la que se ajusta al cumplimiento del principio de irretroactividad de la ley penal, establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

9º) Que en virtud de lo establecido en los considerandos precedentes, la aplicación de la ley 25.188 efectuada por el a quo resulta violatoria del artículo 18 de la Constitución Nacional e impide aplicar la excepción prevista, dado que la ley posterior en modo alguno resulta más benigna.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Hágase saber.

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

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON DE NOLASCO, DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON
CARLOS S. FAYT Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario concedido a fs. 164, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable.

Por ello, oído el Señor Procurador Fiscal, se lo desestima. Con costas. Hágase saber y remítase en devolución.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por los Dres. Héctor M. Granillo Fernández y Fernando J. Bertorello, defensores particulares de Raúl Enrique Granillo Ocampo (h), Victoria Granillo Ocampo y Lucas Granillo Ocampo.

Traslados contestados por el Fiscal General de Casación Penal Dr. Raúl Omar Pleé; y los Dres. Claudia A. Sosa; Juan P. García Elorrio y Mariano J. Cartolano de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en representación de la querrela.

Tribunal de origen: Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

R., A. A. Y OTRO C/ OSDE Y OTRO S/ AMPARO

DEPOSITO PREVIO

Si bien es cierto que la ley nacional de tasas judiciales 23.898 no declara expresamente exentas de su pago a las actuaciones impulsadas por el Defensor de Menores e Incapaces, también lo es que dispone que la mencionada tasa integra los gastos del proceso (art. 10) y que el art. 14 de la ley nacional orgánica del Ministerio Público 24.946 establece que los miembros de dicho Ministerio no podrán ser condenados en costas en las causas en que intervengan como tales, por lo que una interpretación armónica de las normas mencionadas permite razonablemente concluir que los Defensores de Menores e Incapaces no deben ser intimados a efectuar el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de febrero de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que la apelante solicita que se deje sin efecto en los términos del artículo 38 ter del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la providencia que había intimado al pago del depósito previsto por el artículo 286 del mismo ordenamiento, de conformidad con lo dispuesto en la acordada 2/07, bajo apercibimiento de desestimar la queja sin más trámite.

2º) Que el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que cuando se interponga un recurso de hecho ante esta Corte deberá depositarse a la orden del Tribunal una suma determinada, aclarándose que no efectuarán este depósito *“los que estén exentos de pagar sellado o tasa judicial, conforme a las disposiciones de las leyes nacionales respectivas”*.

3º) Que si bien es cierto que la ley nacional de tasas judiciales 23.898 no declara expresamente exentas de su pago a las actuaciones impulsadas por el Defensor de Menores e Incapaces, circunstancia que hubiese eximido a la recurrente de efectuar el depósito previo, también lo es que dispone que la mencionada tasa integra los gastos del proceso (artículo 10) y que el artículo 14 de la ley nacional orgánica del Ministerio Público 24.946 establece que los miembros de dicho Ministerio, entre los que se encuentra la apelante, no podrán ser condenados en costas en las causas en que intervengan como tales, criterio seguido por el Tribunal en la causa L.545.XLIV “Linares, Walter Eduardo y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires y otro s/ beneficio de litigar sin gastos”, del 23 de junio de 2009.

4º) Que la interpretación armónica de las normas mencionadas que resultan aplicables al caso, permite razonablemente concluir que los Defensores de Menores e Incapaces no deben ser intimados a efectuar el depósito previsto por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por lo que asiste razón a la recurrente y debe revocarse la intimación dispuesta a fs. 29.

Por ello, se hacer lugar a lo solicitado a fs. 30/38 y se deja sin efecto la intimación dispuesta a fs. 29. Notifíquese.

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

ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINO SA c/ EN - JGM -
SMC s/ AMPARO LEY 16.986

PUBLICIDAD OFICIAL

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y condenó al Estado Nacional a que disponga la elaboración y presentación de un esquema de distribución de publicidad oficial que comprenda a las emisoras de análogas características a la actora que se ajuste fielmente a las pautas de proporcionalidad y equidad fijadas, pues existen precedentes claros en la materia “Editorial Río Negro” (Fallos: 330:3908) y “Editorial Perfil” (Fallos: 334:109), y la interpretación llevada a cabo en la sentencia del superior tribunal de la causa se ha ajustado a ellos siendo invocados y reproducidos en dicho fallo, no obstante lo cual el Estado recurrente -quien pretende del Tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata- no ha cumplido con la carga de exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla del derecho aplicable.

LIBERTAD DE EXPRESION

El valor de los precedentes y el cumplimiento obligatorio de las sentencias judiciales tienen una relevancia fundamental en el ámbito de la libertad de expresión, importante en el régimen democrático, tanto en lo referente a la libertad que tienen los ciudadanos de expresar sus ideas, como en la protección de la actividad crítica de los periodistas, y en el rechazo de todo tipo de censura, por lo que tales precedentes y la aplicación de la legislación vigente obligan al Estado no solo a la abstención sino también a la promoción activa de los valores de la libertad de expresión, y en consecuencia, toda conducta que se aparte de estos valores esenciales del sistema democrático, sea en el proceso de aplicación de la ley o en cumplimiento de sentencias, viola la función de garante que tiene el Estado en dicha materia.

JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA

La autoridad institucional de los precedentes de la Corte Suprema fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Consti-

tución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por aquélla como por los tribunales inferiores, y cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes.

RADIODIFUSION

Cabe declarar inadmisibile el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y condenó al Estado Nacional a que disponga la elaboración y presentación de un esquema de distribución de publicidad oficial que comprenda a las emisoras de análogas características a la actora, que se ajuste fielmente a las pautas de proporcionalidad y equidad fijadas, en tanto no contiene una crítica concreta y razonada de la decisión apelada, dado que la recurrente no se hace cargo del argumento central de aquélla, según la cual la distribución de la pauta oficial fue discriminatoria, insistiendo en la invocación genérica de sus potestades discrecionales para asignar la publicidad oficial, sin dar razones concretas que justifiquen la interrupción y reducción sufrida por la actora, máxime cuando las demás emisoras de similares características no han registrado restricciones equivalentes.

-Disidencia de los jueces Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay-.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de febrero de 2014.

Vistos los autos: “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c/ Estado Nacional – JGM – SMC s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

1°) Que Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (ARTEAR S.A.) promovió acción de amparo contra el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros y Secretaría de Comunicación Pública) y contra los señores Juan Manuel Abal Medina y Alfredo Scoccimarro, con el objeto de

que cese la asignación arbitraria y discriminatoria de la pauta oficial con respecto a la actora. Reclamó que se ordene mantener la distribución equilibrada en relación con la cantidad de publicidad recibida en años anteriores, y en particular con anterioridad al año 2008, así como la adjudicada a las demás emisoras de similares características.

Asimismo, solicitó que se declare ilegítima la conducta de los funcionarios mencionados por haber ejercido abusivamente la facultad discrecional de administrar fondos públicos destinados a la pauta oficial censurando a Canal 13.

2°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo y condenó al Estado Nacional a que, por medio de quien corresponda, disponga la elaboración y presentación en la instancia de origen y en el plazo de treinta (30) días de quedar firme la sentencia, de un esquema de distribución de publicidad oficial que comprenda a las emisoras de análogas características a la actora, entre las que incluyó a América TV S.A. (canal 2), Telearte S.A. (canal 9), Televisión Federal S.A. (canal 11), Arte Radio-televisivo Argentino S.A. (canal 13) y SNMP S.E. y RTA S.E. (canal 7), “que se ajuste fielmente [a] las pautas de proporcionalidad y equidad establecidas precedentemente” (conf. fs. 736/ 736 vta.).

3°) Que para así decidir, el tribunal a quo valoró la prueba documental incorporada a la causa (en particular el cuadro obrante a fs. 260) y afirmó que “el Estado Nacional ha reconocido la reducción en términos absolutos y relativos de la pauta publicitaria oficial asignada a la actora desde 2009, llegando incluso a ser nula en los primeros meses de 2012, situación que se mantuvo hasta febrero del año en curso, con excepción de las órdenes de publicidad otorgadas después de que se inició esta acción” (fs. 731 vta.). En síntesis, tuvo por acreditado que “el Estado Nacional contrató publicidad oficial con canal 13 (...) que la interrumpió totalmente durante el primer trimestre de 2012 y que la volvió a conceder después de promovida la presente acción en una magnitud mínima en términos absolutos y relativos”.

La cámara sostuvo que el caso guardaba similitud con los precedentes de esta Corte “Editorial Río Negro” (Fallos: 330:3908) y “Editorial Perfil” (Fallos: 334:109) en los que se estableció que “existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la

libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello tiene a su disposición muchos criterios distributivos pero cualquiera sea el que se utilice debe mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones” (Fallos: 330:3908).

También la cámara destacó que la ley 26.522 estableció en su artículo 76, último párrafo los criterios de equidad y razonabilidad en la distribución de la inversión publicitaria oficial.

Con fundamento en estos principios, el a quo concluyó que las razones esgrimidas por el Estado –eficacia comunicacional, conducta de ARTEAR S.A. y conveniencia fiscal- no lograban justificar su conducta de disminuir y hasta interrumpir el otorgamiento de publicidad oficial a la actora. Agregó que, sin perjuicio de las supuestas faltas de la demandante invocadas por el Estado Nacional, “la distribución de pauta oficial no puede ser utilizada –mientras la emisora mantenga la titularidad de su licencia- como instrumento sancionatorio explícito o implícito por infracciones al régimen de radiodifusión o de cualquier otra índole”. Del mismo modo, aseveró que la posición dominante atribuida al grupo económico que integra la actora tampoco justificaba la discriminación en cuestión, pues “ello no puede ser solucionado mediante otra forma de ataque indirecto a la libertad de prensa”.

Por último, consideró inadmisibles el argumento de que las diferencias en la asignación de publicidad oficial entre las distintas emisoras sea atribuible a que ARTEAR S.A. no adhirió al régimen de compensación de deudas previsionales y fiscales (decreto 1145/09). Ello, por cuanto “el propio demandado reconoce pagos en dinero y [por] fuera de dicho régimen respecto del resto de las emisoras de aire, de análogas características (América TV S.A., SNMP S.E. y RTA S.E., Telearte S.A. y Televisión Federal S.A.) desde su vigencia a la actualidad”.

4°) Que contra este pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal (fs. 746/765 vta.), que fue concedido por

el tribunal a quo a fs. 791 en cuanto entendió que en autos “se cuestiona el alcance y la interpretación de normas de carácter federal”.

5°) Que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible y ha sido bien concedido en tanto la controversia planteada en el sub lite se funda directa y exclusivamente en los artículos 14, 16 y 31 de la Constitución Nacional y en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a la Ley Superior en los términos establecidos por el artículo 75, inciso 22.

6°) Que en su actual composición esta Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las cuestiones de índole constitucional debatidas en el sub lite en las causas “Editorial Rio Negro S.A.” (Fallos: 330:3908) y “Editorial Perfil” (Fallos: 334:109).

La autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores. Así, en Fallos: 183:409 se estableció que el Tribunal no podría apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio.

Sería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos (cf. Thomas M. Cooley citando al Canciller Kent, *Constitutional Limitations*, t. I, pág. 116). Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas –conf. Willoughby, *On the Constitution*, t. I, pág. 74-, no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (conf. doctrina de Fallos: 183:409 citado).

7°) Que esa autoridad doctrinal se extiende a todas las partes de un caso judicial que intentaren promover la apertura de la ju-

risdicción revisora, federal y extraordinaria que contempla el artículo 14 de la ley 48. De modo que cuando la interpretación llevada a cabo en la sentencia dictada por el superior tribunal de la causa sea ajustada a precedentes de esta Corte -que, como en estas actuaciones, además son expresamente invocados y reproducidos en el pronunciamiento de la cámara-, quien pretenda del Tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata deberá exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable.

Esa carga argumentativa calificada, que en el sub lite se ahonda por tratarse la recurrente de la misma parte cuyos planteos fueron desestimados en la citada causa “Editorial Perfil S.A.”, ha sido manifiestamente incumplida por el Estado Nacional, circunstancia que exime al Tribunal de toda otra consideración respecto del examen de la procedencia de los agravios planteados para confirmar la sentencia apelada.

8º) Que lo expresado en el considerando anterior acerca del valor del precedente adquiere particular relevancia en el caso de la sentencia dictada en la citada causa “Perfil” y de las pautas objetivas, cuantificables y generales –en esencia republicanas- en ella establecida.

La conducta estatal encaminada a no aplicar estos criterios constituye una clara violación de principios constitucionales.

9º) Que ello es así, porque el incumplimiento de una sentencia judicial constituye un desconocimiento de la división de poderes que resulta inadmisibles en un estado de derecho y, en consecuencia, causa un grave deterioro del estado constitucional democrático. De conformidad con el mandato contenido en los artículos 108, 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional, no hay duda acerca de que las sentencias emanadas del Poder Judicial son, en las condiciones que prevé el ordenamiento procesal, de cumplimiento obligatorio e inmediato.

10) Que poco sentido cabría otorgarle a la garantía del debido proceso que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional si el Es-

tado no asegura la prestación de un servicio de justicia que contenga mecanismos efectivos para hacer cumplir las decisiones que pongan fin a los conflictos con el Estado.

Si no existe la plena seguridad ciudadana de que la protección de la justicia es más que una mera declamación retórica de los jueces sin capacidad de ser respetada y cumplida por las autoridades que detentan el control de la fuerza pública, resulta artificial invocar la obligatoriedad de las reglas constitucionales que limitan el poder o esperar del gobierno la protección de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución.

11) Que es condición necesaria para afirmar la supremacía de su texto que se asegure la efectividad de las resoluciones de los jueces. No se trata entonces de invadir el ámbito de actuación de otros poderes, sino de dar solución a la problemática que se plantea en el caso, con la convicción republicana de que cuando la Constitución Nacional reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no meramente ilusorios.

12) Que las consideraciones efectuadas en los considerandos anteriores relativas al valor de los precedentes y al cumplimiento obligatorio de las sentencias judiciales tienen una relevancia fundamental en el ámbito de la libertad de expresión.

En este sentido, esta Corte ha manifestado en reiteradas oportunidades la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático, tanto en lo referente a la libertad que tienen los ciudadanos de expresar sus ideas, como en la protección de la actividad crítica de los periodistas, y en el rechazo de todo tipo de censura.

13) Que estos precedentes y la aplicación de la legislación vigente obligan al Estado no solo a la abstención sino también a la promoción activa de los valores de la libertad de expresión.

En consecuencia, toda conducta que se aparte de estos valores esenciales del sistema democrático, sea en el proceso de aplicación de la ley o en cumplimiento de sentencias, viola la función de garante que tiene el Estado en materia de libertad de expresión.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Con costas. Notifíquese y oportunamente, remítase.

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

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

Que la infrascripta concuerda con los considerandos 1° a 7° del voto que encabeza este pronunciamiento.

Por todo lo expuesto, se declara admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE
SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que ARTEAR S.A. (Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.) promovió acción de amparo contra el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros y Secretaría de Comunicación Pública) y contra Juan Manuel Abal Medina y Alfredo Scoccimarro, con el objeto de que cese la asignación arbitraria y discriminatoria de la pauta publicitaria oficial con respecto a la actora. Reclamó que se ordene mantener una distribución equilibrada en relación con la cantidad de publicidad recibida en años anteriores, así como con la adjudicada a las demás emisoras de similares características.

Asimismo, solicitó que se declare ilegítima la conducta de los funcionarios mencionados por haber ejercido abusivamente la facultad discrecional de administrar fondos públicos censurando a Canal 13.

2º) Que, al revocar la decisión de primera instancia, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en lo que aquí interesa, hizo lugar al amparo y condenó al Estado Nacional “a que, por medio de quien corresponda, disponga la elaboración y presentación en la instancia de origen y en el plazo de treinta (30) días de quedar firme la presente, un esquema de distribución de publicidad oficial que comprenda a las emisoras América TV S.A. (Canal 2), Telearte S.A. (Canal 9), Televisión Federal S.A. (Canal 11), Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (Canal 13) y SNMP S.E. [y] RTA S.E. (canal 7), que se ajuste fielmente [a] las pautas de proporcionalidad y equidad establecidas precedentemente”.

3º) Que sobre la base de la prueba documental incorporada, el a quo afirmó que “el Estado Nacional ha reconocido la reducción en términos absolutos y relativos de la pauta publicitaria oficial asignada a la actora desde 2009, llegando incluso a ser nula en los primeros meses de 2012, situación que se mantuvo hasta febrero del año en curso, con excepción de las órdenes de publicidad otorgadas después de que se inició esta acción”. En síntesis, tuvo por acreditado que “el Estado Nacional contrató publicidad oficial con Canal 13 (...), que la interrumpió totalmente durante el primer trimestre de 2012 y que la volvió a conceder después de promovida la presente acción en una magnitud mínima en términos absolutos y relativos”.

Sostuvo que el caso guarda similitud fáctica y jurídica con los precedentes de esta Corte “Editorial Río Negro” (Fallos: 330:3908) y “Editorial Perfil” (Fallos: 334:109). Según recordó, el Tribunal sostuvo que existe “un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos pero cualquiera sea el que

utilice debe mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones” (Fallos: 330:3908).

Por otro lado, destacó que la ley 26.522 en su artículo 76 consagró los criterios de equidad y razonabilidad en la distribución de la inversión publicitaria oficial.

Sobre la base de los principios expuestos consideró que el Estado Nacional “no explicó ni dio razones para modificar drásticamente el otorgamiento de publicidad en desmedro de la actora cuando hasta 2011 ésta se encontraba en similares condiciones que las otras emisoras”.

Por otro lado, señaló que, sin perjuicio de las supuestas faltas de la actora invocadas por el Estado Nacional, “la distribución de pauta oficial no puede ser utilizada —mientras la emisora mantenga la titularidad de su licencia— como instrumento sancionatorio explícito o implícito por infracciones al régimen de radiodifusión o de cualquier otra índole”. Del mismo modo, aseveró que la posición dominante atribuida al grupo económico que integra la actora tampoco justifica la discriminación en cuestión, pues “ello no puede ser solucionado mediante otra forma de ataque indirecto a la libertad de prensa”. Por último, consideró inadmisibles los argumentos de que las diferencias en la asignación de publicidad entre las distintas emisoras es atribuible a que la actora no adhirió al régimen de compensación de deudas previsionales y fiscales (decreto 1145/09). Ello, por cuanto “el propio demandado reconoce pagos en dinero y [por] fuera de dicho régimen respecto del resto de las emisoras de aire, de análogas características (América TV S.A., SNMP S.E. y RTA S.E., Telearte S.A. y Televisión Federal S.A.) desde su vigencia a la actualidad”.

Contra esa decisión el Estado Nacional interpuso el recurso del art. 14 de la ley 48 (fs. 745/765) que fue concedido.

4°) Que el remedio federal resulta inadmisibles, en tanto no contiene una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada.

En particular, la recurrente no se hace cargo del argumento central de la decisión de la cámara, según el cual la distribución de la pauta oficial fue discriminatoria en perjuicio de Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. Así, insiste en la invocación genérica de sus potestades discrecionales para asignar la publicidad oficial, pero no da razones

concretas que justifiquen la interrupción y reducción sufrida por la actora, máxime cuando las demás emisoras de similares características no han registrado restricciones equivalentes.

La falencia argumental indicada resulta aun de mayor peso si se toma en cuenta que la apelante tampoco ha refutado lo sostenido por el a quo en el sentido de que es inaceptable utilizar la pauta oficial como instrumento para combatir la posición dominante de Canal 13 en el mercado, o para sancionar supuestas infracciones de la licenciataria, tales como “la discriminación que la actora ejerce respecto del género femenino, de minorías sexuales, de personas que sufren obesidad (...)” (ver informe del art. 8° de la ley 16.986).

Por tales razones, carece de todo apoyo la afirmación según la cual las circunstancias fácticas de la presente difieren de las contempladas en los casos “Editorial Río Negro” y “Editorial Perfil”, los cuales resultan plenamente aplicables al sub lite.

Por ello, se declara inadmisibile el recurso extraordinario. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que a juicio del Tribunal y con arreglo a lo dispuesto en el art. 33, inc. a, ap. 5 de la ley 24.946, corresponde dar intervención a la señora Procuradora General de la Nación, a fin de que dictamine sobre la cuestión que, como de naturaleza federal, se invoca en el recurso ante esta Corte. Notifíquese.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Secretaría de Comunicación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros - Estado Nacional** representados por el **Dr. Emiliano A. Suaya** y patrocinado por la **Dra. Sol Marigo**.

Traslado contestado por **Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.** representada por la **Dra. Claudia Irene Ostergaard** y patrocinada por el **Dr. Ramiro Riobó Aráoz**.

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° 12**.

BOZZANO, RAUL JOSE (TF 33.056-D) c/ DGI

OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Cabe revocar la sentencia que declaró la nulidad de la resolución mediante la cual la AFIP determinó de oficio, con carácter parcial, la obligación impositiva del actor como responsable solidario de una empresa, en los términos del art. 8°, inciso a, de la ley 11.683, pues dicha norma no requiere el carácter firme del acto de determinación del tributo al deudor principal, sino únicamente que se haya cursado a éste la intimación administrativa de pago y que haya transcurrido el plazo de quince días previsto en el segundo párrafo del art. 17 sin que tal intimación haya sido cumplida.

OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Cabe revocar la sentencia que declaró la nulidad de la resolución mediante la cual la AFIP determinó de oficio, con carácter parcial, la obligación impositiva del actor como responsable solidario de una empresa, en los términos del art. 8°, inciso a, de la ley 11.683, pues conforme al precedente “Brutti” (Fallos: 327:769), la resolución mediante la cual se hace efectiva la responsabilidad solidaria sólo puede ser dictada por el organismo recaudador “una vez vencido el plazo de la intimación de pago cursada al deudor principal, y sólo a su expiración podrá tenerse por configurado el incumplimiento del deudor principal, que habilita -en forma subsidiaria- la extensión de la responsabilidad a los demás responsables por deuda ajena”.

OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Cabe revocar la sentencia que declaró la nulidad de la resolución mediante la cual la AFIP determinó de oficio, con carácter parcial, la obligación impositiva del actor como responsable solidario de una empresa, en los términos del art. 8º, inciso a, de la ley 11.683, dado que no corresponde que al interpretar dicha norma se incorpore un recaudo -la firmeza del acto que determina el impuesto del deudor principal- no contemplado en ella, máxime si se considera que en el ordenamiento de la ley 11.683 -en el que aquella disposición está incluida- se resguarda el derecho de defensa de las personas a las que el ente fiscal pretende endilgar responsabilidad por la deuda de un tercero, al establecerse que, a tal fin, el organismo recaudador debe sujetarse al procedimiento de determinación de oficio establecido en el art. 17 de la ley 11.683, lo que implica -además de la necesaria observancia de las reglas que lo conforman- que la resolución respectiva pueda ser objeto de apelación ante el Tribunal Fiscal permitiendo al responsable formular con amplitud ante ese organismo jurisdiccional los planteos que considere pertinentes a su derecho.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de febrero de 2014.

Vistos los autos: “Bozzano, Raúl José (TF 33.056-I) c/ DGI”.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación que declaró la nulidad de la resolución mediante la cual la Administración Federal de Ingresos Públicos determinó de oficio, con carácter parcial, la obligación impositiva del señor Raúl José Bozzano, como responsable solidario de la empresa Carnes Santa María S.A., en los términos del art. 8º, inciso a, de la ley 11.683, por deudas correspondientes al impuesto a las ganancias —período fiscal 2003— y al impuesto al valor agregado —por los períodos fiscales julio 2002 a agosto 2004— con más intereses y multa.

2°) Que para así decidir, la cámara tuvo en cuenta que la obligación tributaria de la deudora principal no se encontraba firme —pues Carnes Santa María S.A. había apelado ante el Tribunal Fiscal los actos mediante los cuales se había determinado su obligación frente a los referidos impuestos— y, en tales condiciones, juzgó que el ente recaudador no podía válidamente iniciar el procedimiento previsto para obtener el pago de la deuda tributaria al responsable solidario.

3°) Que contra tal sentencia la Administración Federal de Ingresos Públicos interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 114/116) que fue concedido a fs. 118, y 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 —que no fue contestado por la actora— obra a fs. 144/153.

4°) Que el organismo recaudador aduce, en síntesis, que el tribunal a quo efectuó una errónea interpretación de los arts. 8°, inc. a, 17 y 18, inc. a, de la ley 11.683 y de la jurisprudencia sentada por esta Corte en la causa “Brutti, Stella Maris (TF 14.814-Iac. 14.815-I/15.157-I) c/ DGI”, (Fallos: 327:769).

5°) Que el art. 8°, inc. a, párrafo primero, de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.) establece: “Responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo, y si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas: a) todos los responsables enumerados en..., del art. 6° cuando, por incumplimiento de sus deberes tributarios, no abonaran el debido tributo, si los deudores no cumplen la intimación administrativa de pago para regularizar su situación fiscal dentro del plazo fijado por el segundo párrafo del art. 17. No existirá sin embargo, esta responsabilidad personal y solidaria con respecto a quienes demuestren debidamente a la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales”.

6°) Que en lo relativo al modo como debe interpretarse la mencionada disposición resultan aplicables las pautas de hermenéutica que establecen que cuando una ley es clara y no exige mayor esfuer-

zo interpretativo no cabe sino su directa aplicación (Fallos: 320:2145, considerando 6° y su cita), y que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 323:620; 325:830).

7°) Que a la luz de tales principios, se observa que la norma transcrita no requiere el carácter firme del acto de determinación del tributo al deudor principal, sino únicamente que se haya cursado a éste la intimación administrativa de pago y que haya transcurrido el plazo de quince días previsto en el segundo párrafo del art. 17 sin que tal intimación haya sido cumplida. La conclusión expuesta resulta acorde con la doctrina establecida por el Tribunal en el precedente “Brutti” (Fallos: 327:769). En efecto, allí se señaló que la resolución mediante la cual se hace efectiva la responsabilidad solidaria sólo puede ser dictada por el organismo recaudador “una vez vencido el plazo de la intimación de pago cursada al deudor principal. Sólo a su expiración podrá tenerse por configurado el incumplimiento del deudor principal, que habilita —en forma subsidiaria— la extensión de la responsabilidad a los demás responsables por deuda ajena”. En el caso en examen, el referido recaudo se encuentra cumplido, pues los actos administrativos por los que se determinó la obligación tributaria de Carnes Santa María fueron dictados el 28 de diciembre de 2006 y notificados a aquélla el 8 de febrero de 2007, en tanto que la resolución referente a Raúl José Bozzano se dictó el 28 de noviembre de 2008.

8°) Que, en síntesis, no corresponde que al interpretar el citado art. 8°, inc. a, se incorpore un recaudo —la firmeza del acto que determina el impuesto del deudor principal— no contemplado en esa norma, máxime si se considera que en el ordenamiento de la ley 11.683 —en el que aquella disposición está incluida— se resguarda el derecho de defensa de las personas a las que el ente fiscal pretende endilgar responsabilidad por la deuda de un tercero, al establecerse que, a tal fin, el organismo recaudador debe sujetarse al procedimiento de determinación de oficio establecido en el art. 17 de la ley 11.683 (conf. párrafo quinto del artículo citado), lo que implica —además de la necesaria observancia de las reglas que lo conforman— que la resolución respectiva pueda ser objeto de apelación ante el Tribunal Fiscal —tal como sucedió en la especie— permitiendo al responsable formular con amplitud ante ese organismo jurisdiccional los planteos que considere pertinentes a su derecho.

Por ello, se revoca la sentencia apelada, con costas de todas las instancias a la actora vencida (arts. 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvanse los autos, a fin de que el Tribunal se pronuncie sobre las cuestiones planteadas por la actora en el recurso de apelación del art. 76 de la ley 11.683, teniendo en cuenta lo decidido en la presente.

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

Recuso ordinario interpuesto por: **el Fisco Nacional (AFIP - DGI)**, representado por la Dra. **Cristina Noemí González**, con el patrocinio letrado del Dr. **Lucas Sebastián Ormazábal** y, en el memorial de agravios, de la Dra. **Agostina Carla García**.

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

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

DIARIO PERFIL S.A. c/ AFIP - DGI s/ DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA

Cabe revocar la sentencia en la cual se expresa -apartándose del precedente “Hermitage S.A” (Fallos: 333:993) que la Corte le ordenó aplicar- que el impuesto a la ganancia mínima presunta contempla como manifestación de capacidad contributiva, la existencia de un patrimonio empresarial, del cual se presume que es susceptible de generar ingresos aún potencialmente, dado que aquél apartamiento resulta ostensible pues el a quo, en su nuevo pronunciamiento, pese a que dijo seguir el criterio de tal antecedente, reiteró la misma interpretación de las normas que rigen dicho impuesto que había sostenido en su primera sentencia, y que le fuera revocada por no adecuarse a tal doctrina en la cual se tuvo en cuenta que dicho tributo se estructuró sobre la presunción de la existencia de una renta mínima -inferida por la existencia o mantenimiento de activos- y se destacó que la inequidad de esta clase de previsión, se pondría en evidencia ante la comprobación fehaciente de que aquella renta presumida por la ley, lisa y llanamente, no existió, por lo cual ante la demostración de que los resultados de la sociedad actora habían arrojado pérdidas, se concluyó que, en tales condiciones, el me-

dio utilizado por el legislador para la realización del fin que procura, no respeta el principio de razonabilidad de la ley y por lo tanto las normas impugnadas son constitucionalmente inválidas en su aplicación al caso.

IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA

Cabe revocar la sentencia en la cual se expresa -apartándose del precedente “Hermitage S.A” (Fallos: 333:993) que la Corte le ordenó aplicar- que el impuesto a la ganancia mínima presunta contempla como manifestación de capacidad contributiva, la existencia de un patrimonio empresarial, del cual se presume que es susceptible de generar ingresos aún potencialmente, pues la doctrina que surge de ese precedente no exige que deba demostrarse la imposibilidad de que los activos generen la renta presumida por la ley -o que no tengan capacidad para hacerlo- sino, simplemente, que esa renta, en el período examinado, no existió, razón por la cual, el pronunciamiento dictado por la cámara, pese a que dice seguir el criterio de “Hermitage”, en realidad se aparta de éste.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 382/385 de los autos principales (a los que me referiré en adelante, salvo indicación en contrario), en su sentencia del 6 de diciembre del 2007, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó lo resuelto en la instancia anterior (ver fs. 345/346 vta.) y, en consecuencia, rechazó la demanda instaurada por Diario Perfil S.A. en la que había solicitado la restitución de las sumas abonadas en concepto de los anticipos 1 a 7 del impuesto a la ganancia mínima presunta del ejercicio 1999, alegando que en ese período tuvo un resultado contable negativo superior a los 2,6 millones de pesos.

Para así resolver, destacó que el citado tributo grava los activos de las empresas, valuados según lo dispuesto por el legislador, sin que se requiera la existencia de una ganancia. Es decir, que se trata de un gravamen sobre el patrimonio, con independencia de la renta, siendo aquél una manifestación suficiente de capacidad contributiva.

Destacó que la presunción de que el activo ha de producir, como mínimo, una rentabilidad equivalente al 1% de su valor resulta razonable, y que el fin de la norma fue castigar la tenencia de un capital que, en condiciones de generar ganancias, permanezca improductivo. Por tal motivo, la actora no debió limitarse a demostrar, como lo hizo, que no obtuvo ganancias durante el período en cuestión, sino que era su deber probar, además, que los activos sometidos a gravamen no tenían potencialidad de producir rentas.

- II -

El 30 de noviembre de 2010, V.E. hizo lugar al recurso extraordinario oportunamente interpuesto por la actora y, consecuentemente, revocó la sentencia apelada con remisión a lo resuelto en la causa de Fallos: 333:993, “Hermitage S.A.”, del 15 de junio del 2010, ordenando que se dictase un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina de ese precedente (ver fs. 430/430 vta.).

- III -

A fs. 442/447 vta., la misma Sala IV de la cámara —con diferente integración— dictó una nueva sentencia, el 19 de abril de 2011.

Expresó que el impuesto a la ganancia mínima presunta contempla, como manifestación de capacidad contributiva, la existencia de un patrimonio empresarial, del cual se presume que es susceptible de generar ingresos, aun potencialmente hablando.

Con fundamento en el art. 377 del CPCCN, afirmó que la actora no demostró que sus activos fueran incapaces de producir rentas, ya que sólo aportó como prueba sus estados contables relativos a los ejercicios 1997 a 1999, los cuales, por otra parte, no fueron convalidados por la AFIP.

Expresó que la actora debió haber probado que sus activos no eran susceptibles de generar la ganancia presumida legalmente, como recaudo esencial para quebrar la presunción legal y que, al haber omitido tal extremo, su demanda debía ser rechazada.

- IV -

A fs. 449/467 vta., la actora interpuso un nuevo recurso extraordinario.

En síntesis, adujo que el a quo ignoró lo resuelto por V.E. a fs. 430/430 vta., al insistir con los mismos argumentos de su anterior decisión (fs. 382/385), sin aplicar, como era debido, la doctrina de la causa “Hermitage S. A.”.

A fs. 468, el *a quo* declaró inadmisibile, sin más trámite, dicha apelación.

- V -

A fs. 579, esta Procuración General -en su primera intervención en la causa- se limitó a observar que se había omitido el preceptivo trasladado previsto en el art. 257 del CPCCN.

A fs. 580/581, esa Corte, de conformidad con lo dictaminado, hizo lugar al recurso de hecho oportunamente interpuesto (que tramitó bajo el registro D.212, L.XLVII), dejó sin efecto el auto de fs. 468, y ordenó a la Sala IV que sustanciara la apelación extraordinaria de acuerdo con lo previsto por el código de rito.

- VI -

A fs. 919/919 vta., la misma Sala IV -con una conformación diferente de las anteriores- rechazó nuevamente el recurso extraordinario de fs. 449/467 vta., sosteniendo ahora que no se había cumplido con el requisito del art. 1° del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 de V.E., toda vez que el escrito de la actora excedía la cantidad de renglones por página allí estipulado.

Dicha denegatoria originó esta nueva queja, por la cual V.E. me corre vista a fs. 95 de su expediente.

- VII -

De forma preliminar, debo advertir que las cuestiones relativas al cumplimiento de los requisitos formales de la apelación extraordinaria, como así el de los atinentes a la presente queja, en tanto se vinculan con las pautas regladas en la acordada 4/2007, corresponde que sean examinados, en principio, por esa Corte (ver dictamen de este Ministerio Público *in re* T.454, L.XLIV, “Tren de la Costa S. A. c/ Estado Nacional — AFIP”, del 23 de agosto del 2010).

Si estimara el Tribunal que los defectos que la cámara reprocha a la apelación de la actora no son esenciales ni importan un obstáculo insalvable para admitirla, podría dejar de lado tales reparos para el caso de autos y realizar el examen de las cuestiones que aquélla plantea ante vuestro estrado (conf. art. 11 del citado reglamento).

Por otra parte, y en atención a que V.E. ya se expidió sobre el fondo del asunto aquí debatido a fs. 430/430 vta., en la que hizo aplicación de la doctrina de Fallos: 333:993, cabe poner de relieve que son los integrantes de esa Corte los que se encuentran en mejores condiciones

para desentrañar el alcance de sus propios fallos, especialmente en situaciones como la de autos, en las que la Procuración General no intervino en forma previa al dictado de dicha sentencia (conf. dictámenes de este Ministerio Público en los casos de Fallos: 324:3411; 325:2835; 327:4994, entre otros).

En tales términos, doy por contestada la vista conferida. Buenos Aires, 10 de junio de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de febrero de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Diario Perfil S.A. c/ AFIP – DGI s/ Dirección General Impositiva”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar lo decidido por la anterior instancia, rechazó la demanda interpuesta por Diario Perfil S.A. mediante la cual pretendía obtener la restitución de las sumas abonadas en concepto de anticipos (1 a 6) del impuesto a la ganancia mínima presunta del ejercicio fiscal 1999 (fs. 382/385 de los autos principales).

Para así decidir sostuvo, en síntesis, que “...*para que la acción de la actora resulta[se] procedente, ella debió [haber] demostra[do] que los activos que ella tenía eran insuficientes para producir ganancia alguna, pero no, que ella tenía quebrantos. Y ello, porque justamente lo que el legislador quería evitar, era precisamente la improductividad de activos que per se, tienen condiciones de generar ganancias*”. En tal sentido, afirmó que “*una cosa es probar que no se tuvo ganancias en el período determinado y otra, muy distinta, es acreditar que los activos sometidos a gravamen no tenían potencialidad de producir tales ganancias*” (confr. fs. 384 vta.).

2º) Que contra lo así decidido Diario Perfil S.A. interpuso el recurso extraordinario obrante a fs. 390/409 vta. que fue concedido a fs. 423.

Al entender en ese recurso, esta Corte revocó la referida decisión de la cámara, por entender que resultaba aplicable el criterio establecido por el Tribunal en el caso “Hermitage” (Fallos: 333:993), al que se remitió, en lo pertinente, por motivos de brevedad. En consecuencia, el Tribunal dispuso devolver las actuaciones al a quo a fin de que dictara un nuevo fallo con arreglo a la doctrina del citado precedente (conf. sentencia del 30 de noviembre de 2010, obrante a fs. 430).

3º) Que en virtud de dicho reenvío, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con una nueva integración, dictó la sentencia de fs. 442/445 vta. mediante la cual rechazó nuevamente la demanda. Para decidir en el sentido indicado, el a quo afirmó que el estado contable presentado por la actora “no prueba necesariamente que los activos de la firma Diario Perfil S.A. sean incapaces de producir renta” (fs. 444 vta.) y, en esa inteligencia concluyó en que aquélla “no ha aportado elementos de prueba suficientes que sustenten su pretensión de fondo” (fs. 444 vta. in fine), pues, en el concepto del a quo, “lo que la accionante debería haber probado, era que sus activos eran incapaces de generar la ganancia presumida por la ley, como recaudo esencial para quebrar la presunción...”. Y, a manera de síntesis, aseveró que “al no haberse acreditado en debida forma la real y concreta imposibilidad por parte de los activos de generar la renta presumida por la ley, debe concluirse en que dicha presunción normativa no resulta en el caso irrazonable o contraria a los principios de la tributación concernientes a la realidad económica y capacidad contributiva” (fs. 445).

4º) Que contra dicha sentencia la actora interpuso el recurso extraordinario obrante a fs. 449/467 vta. Los agravios se centraron en sostener que la decisión apelada desconoció el anterior pronunciamiento dictado por la Corte en estas actuaciones. El a quo, *in limine*, declaró inadmisibile el recurso, en razón de que el escrito respectivo había excedido el máximo de renglones por página permitido por la acordada 4/2007 (confr. fs. 468).

Dicha decisión motivó que la actora dedujera la queja identificada como D.212.XLVII “Diario Perfil S.A. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva y otros s/ recurso”. Esta Corte admitió tal presentación directa por entender que el a quo no había dado fundamentos válidos para prescindir de la sustanciación de la apelación extraordinaria, según lo dispuesto por el art. 257

del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En consecuencia, dejó sin efecto la referida resolución de fs. 468 y ordenó que se corriera traslado del recurso extraordinario (confr. fs. 580/581).

Una vez sustanciado el recurso (fs. 586), y contestado el traslado pertinente (fs. 596/612), la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal lo declaró nuevamente inadmisibile (confr. fs. 919/919 vta.); lo que originó la interposición de la queja en examen.

5º) Que el recurso es procedente, pues la interpretación de las sentencias de la Corte Suprema en las mismas causas en que ellas han sido dictadas constituye cuestión federal suficiente para ser examinada en la instancia extraordinaria cuando, como en el sub lite, la decisión impugnada consagra un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por el Tribunal y desconoce en lo esencial aquella decisión (Fallos: 308:215; 321:2114; 330:1236, entre otros). En tales condiciones, el Tribunal considera que la inobservancia de los recaudos previstos en la acordada 4/07 en la que ha incurrido el apelante no constituye un obstáculo insalvable para la admisión de la pretensión recursiva (conf. art. 11 del reglamento aprobado por dicha acordada).

6º) Que, en efecto, en el caso en examen el aludido apartamiento resulta ostensible pues la cámara, en su nuevo pronunciamiento, pese a que dijo seguir el criterio del precedente “Hermitage” (Fallos: 333:993), reiteró, en realidad, la misma interpretación de las normas del impuesto a la ganancia mínima presunta que había sostenido en su primera sentencia, y que había sido revocada por esta Corte, precisamente, por no adecuarse a la doctrina del citado precedente.

7º) Que en el caso “Hermitage”, la Corte tuvo en cuenta, en síntesis, que el mencionado tributo se estructuró sobre la presunción de la existencia de una renta mínima —inferida por la existencia o mantenimiento de activos— y destacó que “la iniquidad de esta clase de previsión, se pondría en evidencia ante la comprobación fehaciente de que aquella renta presumida por la ley, lisa y llanamente, no ha existido” (considerando 15), por lo cual, ante la demostración de que los resultados de la sociedad actora habían arrojado pérdidas, concluyó que, en tales condiciones, “el medio utilizado por el legislador para la realización del fin que procura, no respeta el principio de razonabilidad de la ley, y por lo tanto, las normas impugnadas son constitucionalmente

inválidas en su aplicación al caso” (considerando 16).

8º) Que, como se observa, la doctrina que surge de ese precedente no exige, de manera alguna, que deba demostrarse la imposibilidad de que los activos generen la renta presumida por la ley —o que no tengan capacidad para hacerlo— sino, simplemente, que esa renta, en el período examinado, no existió. Cabe concluir entonces que el pronunciamiento dictado por la cámara a fs. 442/445 vta., pese a que dice seguir el criterio de “Hermitage”, en realidad se aparta de éste y, por ende, de lo dispuesto por el Tribunal a fs. 430, motivo por el cual debe ser revocado.

9º) Que, sentado lo que antecede, y considerando el prolongado tiempo transcurrido desde que se inició este juicio (confr. cargo obrante a fs. 20 vta.), y que la Corte ya ha dictado sentencia en esta causa en el año 2010, el Tribunal considera pertinente resolver sobre el fondo del asunto, según lo autoriza el art. 16, segunda parte, de la ley 48.

10) Que, a tal fin, cabe destacar que de la documentación obrante a fs. 32/178 surge que Diario Perfil S.A. registró pérdidas en sus balances contables correspondientes a los períodos 1998 y 1999 (hasta el 30/09), y que a su vez registró quebrantos en su declaración jurada del impuesto a las ganancias del período 1998 (confr. especialmente los informes de fs. 32/74 y 75/131 y la copia del certificado obrante a fs. 146).

Tales elementos —no desvirtuados por otras pruebas ni rebatidos por la contraria que se limitó a desconocerlos en forma genérica (confr. fs. 283)— resultan suficientes a fin de tener por acreditado, en los términos de la doctrina del citado caso “Hermitage”, que “...*aquella renta presumida por la ley, lisa y llanamente, no ha existido*”.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, y en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segunda parte, de la ley 48, se hace lugar a la demanda de repetición, y se condena a la demandada al pago del monto resultante, en los términos en que lo había dispuesto la señora juez de primera instancia en su sentencia de fs. 345/346 vta. Las costas de todas las instancias se distribuyen por su orden en atención a la complejidad de la materia debatida (arts. 68, segundo párrafo, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, agréguese la queja a los autos

principales, reintégrese el depósito de fs. 2 y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen.

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

Recurso de hecho interpuesto por **Diario Perfil S.A.**, representada por el **Dr. Mario R. Biscardi**, con el patrocinio del **Dr. Gonzalo Vidal Devoto**.

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**.

SCHOO DEVOTO DE MARINO, SUSANA ENRIQUETA
ELENA c/ D.N.V. s/ EXPROPIACIÓN

EXPROPIACION IRREGULAR

Cabe confirmar la sentencia que admitió parcialmente la demanda interpuesta contra la Dirección Nacional de Vialidad y que le ordenó abonar una suma en concepto de indemnización por expropiación irregular de un inmueble afectado por la construcción de una ruta, aplicando la tasa pasiva promedio mensual que percibe el BCRA desde el inicio de la acción y hasta su efectivo pago, pues el art. 10 de la ley nacional de expropiaciones -en cuanto al valor otorgado- determina que la indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación, y aún cuando se ha señalado en algunos precedentes, que los tribunales no pueden apartarse, en principio, de la valuación realizada por el TTN y que su dictamen reviste singular importancia (Fallos: 329:1703), también ha admitido que, en tanto no aparezcan como irrazonables o carentes de fundamentación las pautas establecidas por la cámara en lo que se refiere al monto de la indemnización, corresponde confirmar la sentencia que encontró motivos suficientes para prescindir del dictamen del organismo tasador oficial y consideró acertado el criterio de valoración expuesto por el experto designado de oficio, con la corrección que efectuó en su pronunciamiento y que fundó suficientemente (Fallos: 329:1703).

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

EXPROPIACION INVERSA

Cabe confirmar la sentencia que admitió parcialmente la demanda interpuesta contra la Dirección Nacional de Vialidad y que le ordenó abonar una suma en concepto de indemnización por expropiación irregular de un inmueble afectado por la construcción de una ruta, aplicando la tasa pasiva promedio mensual que percibe el BCRA desde el inicio de la acción y hasta su efectivo pago, pues en lo que hace a la aplicación del art. 20 de la ley 21.499, que determina que los intereses se liquidarán desde el momento de la desposesión hasta el del pago, resulta acertada la decisión del tribunal apelado en cuanto a que corresponde realizar una interpretación integradora y armónica de esa disposición junto con la del art. 56 de la misma norma, y aun cuando el Tribunal ha declarado inconstitucional este último, ello ha sido a los fines de que no se tenga en cuenta el plazo de prescripción para el inicio de la acción de expropiación irregular (Fallos: 320:1263), por lo que, en consecuencia, el poder interponerse la demanda sine die, no puede conducir a la irrazonable conclusión de que corresponda computar intereses desde el momento de la desposesión (o acto estatal con efectos análogos), pues de ese modo podría producirse un enriquecimiento indebido a favor de quien solicita el pago de la indemnización.

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

EXPROPIACION INVERSA

Cabe confirmar la sentencia que admitió parcialmente la demanda interpuesta contra la Dirección Nacional de Vialidad y que le ordenó abonar una suma en concepto de indemnización por expropiación irregular de un inmueble afectado por la construcción de una ruta, aplicando la tasa pasiva promedio mensual que percibe el BCRA desde el inicio de la acción y hasta su efectivo pago, pues la indemnización en materia expropiatoria debe entenderse como el resarcimiento de todo lo necesario para que el patrimonio del expropiado quede en la situación que tenía antes de la expropiación (Fallos: 329:5467), lo que fue respetado por la decisión de la cámara, a lo que se suma que la recurrente no acreditó que el monto por el que se condenó a la demandada no constituya, en atención a las singulares circunstancias de la causa, la justa indemnización exigida por el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 328:4782).

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (sala III) confirmó la sentencia de primera instancia mediante la cual se había hecho lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. Schoo Devoto de Marino contra la Dirección Nacional de Vialidad y, en consecuencia, ordenó a esta última pagar la suma total de \$ 796.000, aplicando la tasa pasiva promedio mensual que percibe el BCRA desde la fecha de inicio de la acción y hasta su efectivo pago (fs. 755). La causa se inició con la demanda de expropiación irregular de un inmueble que fue afectado por la construcción de una ruta nacional en 1962.

En lo que aquí interesa, el tribunal:

a) Desestimó la indemnización por daños al remanente de terreno, dejando de lado lo dictaminado por el Tribunal de Tasaciones de la Nación (TTN), que había asignado \$ 796.600 a la superficie afectada por la expropiación del bien y, en relación al perjuicio directo “ocasionado a la superficie remanente, la suma de \$ 445.800 Entendió que debía considerarse el informe del ingeniero agrónomo Carlos María Moras, quien destacó la importancia del trazado de la ruta nacional y sus beneficios y, luego de efectuar un extenso análisis de la zona afectada por la expropiación, concluyó en que la depreciación estimada del 10% del remanente total del campo por los inconvenientes operativos planteados en el manejo de la hacienda era incorrecta, pues no era necesario armar un nuevo establecimiento para salvar la dificultad ocasionada por el corte del campo en dos, y que la depreciación debía ser calculada sobre las 1093 ha, que eran las que se habían visto perjudicadas por la falta de instalaciones. Además, desde el punto de vista de la actividad desarrollada en la actualidad, destacó que el ingeniero estimó que si la ruta no pasara, el campo se cotizaría aproximadamente entre 1000 y 1500 dólares USA/ha menos. En consecuencia, juzgó que la prueba producida en el expediente resultaba lo suficientemente convincente y autorizaba a apartarse de la solución propiciada por el TTN, toda vez que el trazado de la ruta le significó a los propietarios apreciables beneficios;

b) En cuanto al cómputo de los intereses, y lo alegado por la actora en cuanto a que correspondía pagarlos desde la desposesión del bien, precisó que este momento adquiere singular importancia a los

efectos de su cómputo, y que el art. 20 de la ley 21.499, que se refiere a aquéllos, guarda, para el caso, estrecha vinculación con el art. 56 de la misma norma, que establece que la acción de expropiación irregular prescribe a los cinco años, computados desde la fecha en que tuvieron lugar los actos o comportamientos del Estado que la tornan viable. En relación a esta última disposición, y aun cuando la Corte recordó, la declaró inconstitucional en varios precedentes, interpretó que el régimen legal fue concebido de manera tal que los intereses comienzan a computarse desde la fecha de la desposesión pero, a su vez, conocidos los hechos que dan lugar a la expropiación irregular, la acción prescribe en el plazo de cinco años. Dijo que “la declaración de inconstitucionalidad de este plazo —que altera el diseño original del sistema— ha permitido que en supuestos como el que se examina la acción pudiese ser promovida más de cuarenta años después de que acontecieran dichos hechos. Las consecuencias monetarias que derivan de la aplicación estricta del citado artículo 20 —como postula la parte actora— conducen, como se verá, a un resultado irrazonable. Su posición, entonces, no puede ser acogida”.

Fundó además su decisión en que V. E., en un relevante precedente (Fallos: 329:5467), suministró las bases constitucionales para la correcta interpretación de aquél. Destacó así que: a) “la indemnización en materia expropiatoria debe entenderse como el reconocimiento de todo lo necesario para que el patrimonio del expropiado quede en la situación que tenía antes de la expropiación, la que traduce un cambio de valores: el expropiado deja de ser propietario de la cosa o bien objeto de la expropiación y se convierte en titular de una suma de dinero” y b) si bien el art. 20 de la ley 21.499 “sigue el criterio de la *desposesión* del bien para determinar el momento al que debe referirse el valor de aquél —y, también, en lo que resulta relevante para el *sub judice* para el cómputo de los intereses— ello no impide aplicar el régimen de desindexación”.

- II -

Contra esa decisión, la parte actora interpuso recurso extraordinario (fs. 765/777), que fue concedido (fs. 787).

Expuso los siguientes agravios: a) no corresponde desestimar el daño al remanente, es decir, la compensación del perjuicio producido por la división del inmueble con la plusvalía que otorgaría al resto del campo la mejora en su precio por la realización de la obra pública, y solo cabe apartarse del dictamen del TTN cuando hay hechos revela-

dores de error u omisión manifiesta en la determinación de los valores; b) procede aplicar el art. 20 de la ley 21.499 en cuanto al cómputo de los intereses, que debe realizarse desde la fecha de la desposesión (1°/6/62).

-III-

El recurso es admisible pues está en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal (arts. 10 y 20 de la ley 21.499), y la decisión ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas.

- IV -

Tal como quedó expuesto, las quejas del recurrente se centran en que no se ha considerado, para el otorgamiento de la indemnización expropiatoria, la pérdida del valor remanente de su propiedad, y en que los intereses deben computarse a partir de la desposesión (o acto estatal con efectos análogos, como el producido por la construcción de la obra pública que dividió el inmueble original).

Ambos agravios deben ser, a mi juicio, rechazados. En cuanto al valor otorgado, el art. 10 de la ley nacional de expropiaciones determina que la indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. Pues bien, aun cuando V.E. ha señalado, en algunos precedentes, que los tribunales no pueden apartarse, en principio, de la valuación realizada por el TTN, y que su dictamen reviste singular importancia (Fallos: 329:1703), también ha admitido que, en tanto no aparezcan como irrazonables o carentes de fundamentación las pautas establecidas por la cámara en lo que se refiere al monto de la indemnización, corresponde confirmar la sentencia que encontró motivos suficientes para prescindir del dictamen del organismo tasador oficial y consideró acertado el criterio de valoración expuesto por el experto designado de oficio, con la corrección que efectuó en su pronunciamiento y que fundó suficientemente (Fallos: 329:1703), condiciones que, según resulta de la sola lectura de la sentencia reseñada en el acápite I, se cumplen en el caso.

Por su parte, en lo que hace a la aplicación del art. 20 de la ley 21.499, que determina que los intereses se liquidarán desde el momento de la desposesión hasta el del pago, me parece acertada, en atención a las circunstancias del *sub examine*, la decisión del tribunal apelado en cuanto a que corresponde realizar una interpretación integradora y armónica de esa disposición junto con la del art. 56 de la misma norma. En efecto, aun cuando V. E. ha declarado inconstitucional este último, ello ha sido a los fines de que no se tenga en cuen-

ta el plazo de prescripción para el inicio de la acción de expropiación irregular (Fallos: 320:1263). En consecuencia, el poder interponerse la demanda *sine die*, no puede conducir a la irrazonable conclusión de que corresponda computar intereses desde el momento de la desposesión (o acto estatal con efectos análogos), pues de ese modo podría producirse un enriquecimiento indebido a favor de quien solicita el pago de la indemnización. Es que para dejar indemne al expropiado, la suma de dinero que recibe debe cubrir el costo de reproducción o de reposición, de ese modo la indemnización resulta justa y no se constituye en motivo u ocasión de lucro para alguna de las partes (art. 17 de la Constitución Nacional y 2511 del Código Civil). En este sentido, debe recordarse que la indemnización en materia expropiatoria debe entenderse como el resarcimiento de todo lo necesario (y nada más que lo necesario) para que el patrimonio del expropiado quede en la situación que tenía antes de la expropiación (Fallos: 329:5467), lo que ha sido, a mi entender, respetado por la decisión de la cámara, a lo que se suma que la recurrente no acreditó que la suma por la que se condenó a la demandada no constituya, en atención a las singulares circunstancias de la causa, la justa indemnización exigida por el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 328:4782).

- V -

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 16 de diciembre de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de febrero de 2014.

Vistos los autos: “Schoo Devoto de Marino, Susana E. c/ D.N.V. s/ expropiación”.

Considerando:

Que los agravios de la apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos y conclusiones expuestos por la señora Procuradora Fiscal a fs. 793/795 a los cuales se remite en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por aquélla, se declara admisible el recurso extraordinario de fs. 767/777 y vta. y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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 DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y 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 lo desestima. Con costas. Hágase saber, y devuélvase al tribunal de origen.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Susana E. Schoo Devoto de Marino**, actora en autos, representada por el **Dr. Gerardo Raúl Musotto**.

Traslado contestado por: **Dirección Nacional de Vialidad**, demandada en autos, representada por el **Dr. Emilio Luis D'Amato**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de La Plata**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Junín**.

YURQUINA, JALIL MILAGRO Y OTROS C/ PROGRAMA DE PP. DE
TELECOM ARG. STET FRANCE TEL. S.A. Y OTRO S/ ORDINARIO

PROGRAMA DE PROPIEDAD PARTICIPADA

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el reclamo de ex dependientes de Telecom y ex integrantes del programa de propiedad participada de la firma requiriendo la fijación del plazo del saldo de recompra de las acciones de clase C y la efectivización del saldo respectivo si, atendiendo al tiempo transcurrido y a la ausencia de controversia en torno a la deuda, la decisión desatiende, no sólo el límite cuantitativo para recurrir sino también, los alcances del reclamo y lo dispuesto y acontecido a partir del dictado del decreto federal 1623/99, aspectos cuya valoración no puede omitirse al considerar lo concerniente al plazo de cancelación del saldo de recompra y su pago, so riesgo de incurrir en un caso de privación de justicia.

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

-El juez Lorenzetti, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario era inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó el fallo de la anterior instancia y rechazó el reclamo dirigido a que el Comité Ejecutivo de la Sindicación de Acciones del Programa de Propiedad Participada de Telecom Argentina Stet France Telecom S.A. fijara un plazo para el abono del saldo de precio de recompra de las acciones "clase C". Argumentó para así decidir que: 1) las acciones individuales no respetan el sentido de los decretos n° 395/92, 1.834/93 y 682/95 y del Acuerdo General de Transferencia; 2) la solución debe ponderar la finalidad del Programa, la proporción que le toca a cada operario y su condición de activo o retirado; 3) el menor número de anualidades, a fin de pagar el saldo del precio de recompra, se encuentra condicionado a la existencia de dividendos de las acciones clase C; 4) las

acciones del PPP se hallan cauteladas y sujetas a una prohibición de innovar y contratar y no se ha acreditado que, pese a ello, se pueda distribuir dividendos y pagar el saldo de recompra; 5) la fijación de un plazo exige una solución previa que involucre a todas las partes del sistema; 6) el menor número de anualidades, acordado en el boleto de recompra, debe ser fijado por la asamblea de accionistas, de lo que se sigue que la pretensión actora puede dirigirse por esa vía; 7) la solución global propugnada debe abordar lo tocante al pago de gastos del fideicomiso, saldo del precio de las acciones, liquidación del Fondo de Garantía y Recompra, etc.; 8) el reclamo importa una pretensión individual de cumplimiento imposible que no preserva la vía prevista para que estas obligaciones sean satisfechas; 9) el planteo compromete un condominio de indivisión forzosa cuyos miembros deben percibir sus créditos armónicamente y la admisión de reclamos individuales atenta contra la equidad de la distribución; 10) los reclamantes no objetaron la normativa que regula el sistema que prevé, en el punto, la fijación del plazo por la asamblea de accionistas; y, 11) la solución torna abstracto el planteo del Comité Ejecutivo de la demandada referido a la exigüidad del plazo de 30 días fijado en la sentencia apelada. Citó el pronunciamiento del tribunal, en materia cautelar, recaído en la causa “Segienowicz”, el 04/08/2009, donde acudió al artículo 250 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (fs. 164/182, 212/220 y 235).

Contra esa decisión la actora dedujo recurso extraordinario, que fue replicado, concedido en lo concerniente al alcance y aplicación de la ley federal n° 23.696, con cita de Fallos: 324:3876, y denegado en materia de sentencia arbitraria, sin queja de la interesada (ver fs. 225/234, 239/245 y 247/248).

- II -

La apelante, en suma, dice que la decisión vulneró el principio de congruencia, se apartó de las constancias de la causa, ignoró los precedentes de Fallos: 325:3351 y 3366 (“Quintanilla” y “Cutri” y contradijo previsiones de la ley n° 23.696 —y su reglamentación— y los artículos 14 y 16 a 19 de la Constitución Nacional.

Expone que, con arreglo al artículo 242 del Código ritual, el juez de grado era el superior tribunal de la causa en relación a ocho de los reclamantes y, en consecuencia, la apelación federal debió deducirse ante él, extremo del que deriva que existe cosa juzgada en orden a aquéllos a partir de lo resuelto por dicho magistrado pues precluyó entonces la etapa para interponer el recurso extraordinario y resultó

tardío el deducido por la accionada ante la a quo.

Hace hincapié en que el Acuerdo General de Transferencia (“AGT”) y el boleto de recompra de acciones “clase C” constituyen contratos de adhesión y que de ellos derivan las pretensiones fundadas en los artículos 505 y 509 del Código Civil pues, si bien se acordó que el saldo del precio debía cancelarse en el menor número de anualidades que disponga la asamblea de accionistas de la Sindicación General, esa cláusula no significó una renuncia al derecho ni a la fijación del plazo.

Manifiesta que, como se acreditó, el 01/03/2000 se canceló el saldo de la deuda con el Estado por la venta de las acciones “clase C” de Telecom de Argentina, y que con ello cesó la sindicación de los títulos y el propio Programa. Agrega que los accionistas vendieron sus valores al Fondo respectivo por lo que deviene imposible citar a una asamblea a efectos de fijar el término de cancelación del saldo de recompra, y que la a quo conocía ese extremo según se desprende de la causa “Segie-nowicz”, tramitada —según reconoce en la sentencia— por el tribunal.

Termina reprochando que el fallo transforma la obligación en *sine die* y que el tratamiento de la supuesta imposibilidad de pago, argüida por la demandada, debió diferirse para la etapa de ejecución de sentencia (v. fs. 225/234).

- III -

Los actores, ex dependientes de Telecom y ex integrantes del PPP de la firma, promovieron demanda requiriendo la fijación del plazo de pago del saldo de recompra de las acciones clase C, establecido en los boletos de recompra y pago de dividendos con sujeción al “...menor número de anualidades que disponga la Asamblea General de Accionistas de la Sindicación General de Acciones”. Requirieron también la efectivización del saldo respectivo. Invocaron, entre otras normas la ley 23.696, el decreto 682/95, la resolución Conjunta MEOySP y MTySS n° 689/95; y los artículos 509, siguientes y concordantes, del Código Civil (cfr. demanda a fs. 38/44 y 89; informe de la Coordinación de Títulos y Custodia de Valores y Efectivo del Banco de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 126/137 y 143/144 y el alegato a fs. 154/159).

Vale subrayar que los boletos de recompra de los diez actores se suscribieron entre el 29/07/95 y el 19/06/99 (v. fs. 126/135).

El juez de primera instancia hizo lugar al reclamo y condenó a la demandada a abonar la suma de \$ 53.009,77. -distribuida de acuerdo al saldo adeudado a cada uno de los accionantes que surge de la documental de fs. 37 e informe de fs. 143- en el plazo de treinta días,

con los intereses pactados y costas. Para así decidir y tras considerar incontrovertida la adhesión al PPP al AGT y a los Convenios de Sindicación de Acciones y de Fideicomiso y la venta de las acciones al Fondo respectivo en virtud del cese del empleo con la licenciataria, expresó que: 1) el formulario de recompra de las acciones “clase C”, aprobado por resolución conjunta n° 689/1995, y los convenios suscriptos prevén un pago con la firma del acuerdo y el saldo en el menor número de anualidades que establezca la asamblea de accionistas; 2) el Banco Ciudad comunicó la existencia de saldos pendientes de cobro a favor de los actores; 3) la determinación del número de anualidades por la Asamblea no se concretó pese a haber transcurrido más de una década desde que los actores se desprendieron de sus tenencias accionarias; 4) el reclamo es admisible pues, tratándose de una obligación de plazo incierto, compete fijar el lapso en el cual la demandada habrá de cumplir con lo pactado (arts. 509 y 568 del Código Civil); 5) el AGT y los convenios de recompra constituyeron contratos de adhesión y los actores no se hallaron en posición de discutir sus términos; 6) la propia accionada alega que la Asamblea resolvió liquidar el remanente accionario existente en el Fondo y no niega que las anualidades de recompra fueron abonadas con dinero proveniente de los dividendos generados por tales acciones —y sus intereses—; y, 8) la tenencia de las acciones y el importe de los saldos pendientes no fueron cuestionados por la demandada, quien tampoco invocó la insuficiencia de los montos habidos en el Fondo de Garantía y Recompra (fs. 24/25, 126/135, 143 y 164/182).

Apelada esa resolución por el Comité Ejecutivo de la demandada, con énfasis en el decreto n° 1623/99 y en la indisponibilidad cautelar de las acciones en poder del FGyR, dio lugar al pronunciamiento de la Sala llegado en crisis a esta instancia (cfr. fs. 187, 196/200, 202/207 y 212/220).

- IV -

Ante todo, advierto que en la presentación extraordinaria la quejosa cuestiona la jurisdicción apelada de la Cámara en lo que atañe a ocho de los actores, sobre la base de lo dispuesto por el artículo 242, 2ª parte, del Código ritual, en la redacción de la ley n° 23.850 (cfr. fs. 230vta./231). Retoma así el planteo aclaratorio efectuado a fojas 222 y desestimado a fojas 235.

La sala, al expedirse sobre el planteo, dijo que: 1) la demanda fue rechazada respecto de todos los accionantes por cuestiones referidas a la legitimación para accionar en forma individual; 2) los actores no

dedujeron el agravio al contestar el traslado del memorial; 3) el importe total del proceso ascendía a \$ 53.099,77 y la sentencia de fojas 212/220 abarca a la totalidad de los reclamantes; y, 4) el pronunciamiento resulta suficiente claro en el punto (v. fs. 235).

Si bien la cuestión reviste un carácter procesal extraño, por principio, a la vía y a los estrictos términos de concesión del recurso federal (cfr. fs. 247/248), atañe, asimismo, a la determinación del superior tribunal de la causa en los términos del artículo 14 de la ley n° 48.

En ese plano, asiste razón a la demandante, pese a la confusa divergencia de la contraria (ver fs. 240).

Y es que, en efecto, el fallo de primera instancia fue expedido por el superior tribunal del caso en relación a ocho de los actores (cfse. fs. 37, 143 y 181), habida cuenta del límite cuantitativo a la apelación determinado en el artículo 242 del Código Procesal —ver leyes 23.850 y 23.928 y el antecedente de Fallos: 323:311— que, en el *sub lite*, sólo superaron los accionantes Sres. Colodro y Montial con \$ 21.449,22 y \$ 9.905,74, respectivamente (v. fs. 37 y 143).

Ello es así, con arreglo a la jurisprudencia de V.E. que indica que en el caso de litisconsorcio facultativo son las pretensiones individuales las que deben alcanzar el mínimo legal exigido para la procedencia del recurso ordinario de apelación (ver Fallos 311:1994; 317:1683; 320:2124; 330:2639, etc.); doctrina que, si bien ha sido dictada a propósito del remedio del artículo 24, inciso 6°, apartado a), del decreto n° 1285/58, entiendo referible por analogía al supuesto del artículo 242 del Código ritual.

Nada obsta a lo precedente que la actora no haya impugnado la concesión del recurso ante el inferior o al contestar los agravios (cfrse. fs. 188/189 y 202/207), en virtud del parecer explicitado por V.E. en S.C. D. n° 726, L. XLIII; “Decsa S. R. L. s/ apelación art. 11, ley 18.695”, del 31/08/10; etc., de lo que se sigue que procede descalificar el fallo de la a quo en relación a los ocho accionantes aludidos *supra*.

- V -

Sentado lo anterior y habiéndose establecido que existen saldos a favor de los actores, Sres. Colodro y Montial, por las operaciones de recompra de las acciones “clase C” de Telecom Argentina S.A. y que han transcurrido cerca de doce años desde la formalización de los respectivos negocios, el 19/06/99 (cf. fs. 37, 127, 129 y 143), valoro que el rechazo de la demanda fincada en el artículo 509, párrafo 3°, del Código Civil irroga, por de pronto, a los dos actores un agravio de dificultosa

o imposible reparación posterior, a la par de que puede constituirse, dado que el fallo remite a una instancia asamblearia como única vía apta para el reclamo, en un caso de privación de justicia.

- VI -

En cuanto al fondo del problema, considero pertinente referir que en anteriores oportunidades este Ministerio Público Fiscal tuvo ocasión de examinar supuestos análogos al debatido.

Así, por ejemplo, el expediente S.C. B. n° 337, L. XLIV; “Berbotto, Nil-da Elena y otros c/ PPP de Telecom Argentina S.A.”, sentenciado por el Máximo Tribunal, por remisión al dictamen fiscal, el 24/11/09, entre otros.

Al descalificar el pronunciamiento enmarcados en la doctrina sobre sentencias arbitrarias, se expuso entonces que la actora, lejos de cuestionar la normativa reglamentaria y convencional en la materia o de argüir vicios o lesión al momento de suscribir el boleto de recompra, invocó sus términos a los fines de requerir la determinación del plazo y el pago del saldo.

Se hizo hincapié, igualmente, por remisión a S.C. F. 142, L. XLI; “Fernández, José y otros c/ Sindicato de Accionistas del PPP de Telecom”, sentencia del 28/10/08, en la existencia de saldos pendientes de abono vinculados con la recompra de las acciones; en la prolongada mora de la obligada en el marco de los contratos celebrados con los reclamantes y en que los dividendos generados por las acciones del Fondo de Garantía y Recompra no se hallaban alcanzados por la medida cautelar dictada por el juzgado federal de la Ciudad de Mendoza.

En el *sub lite*, la Alzada pretirió o relativizó los anteriores extremos, ponderados favorablemente por el inferior (cfr. fs. 164/182), sobre la base, principalmente, de que resulta imperativo proveer una solución global al problema, conclusión que deriva de la normativa en la materia y de la condición jurídica del Fondo de Garantía y Recompra (condominio indiviso, carente de personalidad jurídica propia, de propiedad de todos los empleados adquirentes en partes alícuotas proporcionales a sus respectivas tenencias -cfr. Punto 8.2., Acuerdo General de Transferencia-).

En tales condiciones, considero que el recurso es admisible pues, con sustento principal en disposiciones federales referidas a los Programas de Propiedad Participada —en especial, el de Telecom—, la a quo desestimó la solicitud de determinación de plazo y de pago de saldo y, con ello, el derecho que la recurrente fundó en aquella legislación (cf. art. 14. inc. 3°, ley 48).

Sentado ello, incumbe tener presente que en la tarea de esclarecer el alcance de normas federales la Corte Suprema no se encuentra limitada por los argumentos de los litigantes o del *a quo*, sino que le atañe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, de acuerdo a la inteligencia que rectamente le otorgue (cf. Fallos: 323:1491 y su cita, 330:4721, etc.), lo que comprende el examen de los aspectos no federales estrechamente vinculados a la anterior materia (doctrina de Fallos: 315:2410; etc.).

- VII -

Siguiendo con el examen de la cuestión de fondo, entiendo que también asiste razón a la parte actora.

Ello es así, en primer lugar, por cuanto los pretensores, al cesar en la empresa y liquidar, en consecuencia, su participación accionaria, dejaron —*prima facie*— de compartir la comunidad de intereses con los que permanecen en la compañía (doctrina de Fallos 329:669 y S.C. A. n° 864, L. XXXVII: “Antoniello, Gerardo y otros *c/* Yacimientos Petrolíferos Fiscales S. A. y otro”, dictamen del 18/06/03 y fallo del 04/09/07).

Recuérdese que, en el *sub lite*, como en el citado “Berbotto”, no se cuestionan las operaciones de recompra de las acciones “clase C” ni extremo alguno relacionado con los vínculos laborales fenecidos, sino que se pide la determinación del plazo para el pago del saldo de aquellas operaciones y su efectivización.

En consecuencia, contra el parecer de la *a quo*, no se trata aquí de una acción emprendida por condóminos o comuneros, en la expresión utilizada en “Segienowicz” —desde que los actores se desvincularon de la relación jurídica en las condiciones de pago que se convinieron en los boletos de recompra en que se funda la demanda— sino, en todo caso, por acreedores del condominio indiviso conformado por el Fondo de Garantía y Recompra -de propiedad de los empleados adquirentes en partes alícuotas proporcionales a su tenencia (ver puntos 8.2 y 8.7, A.G.T.).

Tales acreedores, no redundaría insistir sobre ello, esperan desde hace cerca de doce años que se proceda a cancelar el saldo de recompra de su participación accionaria en Telecom, sin que su pretensión incluya pedido alguno vinculado con la eventual co-titularidad del condominio (los actores declaran tangencialmente que en otras actuaciones solicitan “un reajuste de precio” -ver fs. 41 y vta.-), con lo que la subsunción normativa operada por la sala resulta en este punto errónea.

- VIII -

Por lo demás, y según lo puso de resalto el Comité Ejecutivo de la Sindicación de Acciones al expresar agravios (fs. 199), el Poder Ejecutivo habilitó por decreto n° 1623/99 la cancelación anticipada de las acciones clase C del PPP de Telecom y, una vez producida, el levantamiento de la limitación temporaria a su transmisibilidad y al porcentaje de tenencia máxima previstas en el Acuerdo General de Transferencia -y su reforma- y la supresión de la carga de la cláusula Quinta del Contrato de Fideicomiso en relación al Banco Fideicomisario (cfr. arts. 1, 2 y decreto n° 1623/99. BO: 20/12/99. En análogo sentido, ver lo expresado en la demanda, a fs. 41vta.).

Si bien la anterior habilitación no se extendió a las acciones “clase C” en poder del Fondo de Garantía y Recompra del Programa en virtud de haber sido decidida judicialmente su indisponibilidad, en el propio precepto se prevé —en lo que aquí interesa— que, una vez que la medida cautelar sea dejada sin efecto, se procederá a la venta de las acciones del Fondo que resulten necesarias para saldar la deuda con los ex-empleados adherentes del Programa y, posteriormente, se verificará la distribución de las acciones según lo decida la mayoría de los empleados adherentes reunidos en la asamblea del artículo 15 del decreto 584/93 (cfr. arts. 3, 5 y 6).

El decreto deja a salvo la situación de los empleados adherentes del PPP que no se acojan a la cancelación anticipada, quienes conservarán sus derechos, al tiempo que exceptúa de sus términos a las acciones “clase C” alcanzadas por otras medidas cautelares, las que permanecerán sujetas al régimen general hasta tanto tales medidas sean dejadas sin efecto (v. arts. 7 y 8).

Vale anotar que la accionada admitió en su presentación que, en el segmento autorizado por el decreto n° 1623/99 y previa conversión de las acciones “clase C” en “clase B”, se verificó la cancelación anticipada y venta de las acciones en el mes de mayo de 2000 (fs. 199), coincidiendo con lo expresado en la demanda con base en las constancias de fojas 33/34 y 36 (v. fs. 41vta.).

Reconoció con la instrumental agregada a fojas 108, por su lado, que gestionó la inclusión en el orden del día de la asamblea anual ordinaria de Telecom de la conversión de acciones “clase C” en “clase B”, así como la obtención de los poderes necesarios —a partir del 03/04/2006— para proceder a la liquidación del Fondo de Garantía y Recompra (v. puntos 6 y 7, del Acta de la Asamblea Federal de Delegados Accionistas del PPP de Telecom” del 30/03/06), lo que puso, asimis-

mo, de resalto al contestar la demanda (cfr. fs. 113vta., párrafo final).

Interesa anotar que, como puede verse en el reporte de información financiera on line de la Comisión Nacional de Valores, en el capítulo correspondiente al emisor Telecom de Argentina S.A., el porcentaje de acciones “clase C” de la compañía, al mes de octubre de 2009, fecha del fallo de la Cámara, alcanzaba al 4,21% del total (en análogo sentido, reporte de diciembre de 2010).

También interesa anotar, a la luz del punto 8.7 -y concordantes- del Acuerdo General de Transferencia del 29/12/92 -y su reforma- que se liquidará el Fondo de Garantía y Recompra, entre los empleados que posean títulos y en proporción a su respectiva tenencia, cuando las acciones clase C sean libremente transmisibles a terceros, extremo condicionado —por de pronto— al pago de las acciones y a la consiguiente liberación de las prendas (cfr. art. 15, dec. 584/93 y decreto n° 1623/99).

Ninguno de los antecedentes citados, procesales y normativos, fue ponderado por la Cámara en su pronunciamiento del 16/09/09 (ver fs. 212/220), con lo que redujo de tal manera su examen virtualmente a la situación anterior al dictado del decreto n° 1623/99 (BO: 20/02/99), prefiriendo, además, que la falta de cuestionamiento de la preceptiva en la materia y el hecho de que los formularios de recompra establecieran el pago en cuotas, no autoriza a entender que la actora haya aceptado que el término de cumplimiento estuviera al arbitrio de las autoridades del FGyR (art. 1.198 pár. 1°, C. Civil).

Obra asimismo agregada a la causa una copia del resolutorio cautelar aludido en las consideraciones del decreto n° 1623/99, por la que se da cuenta de que dicha medida sólo comprende a las acciones clase C en poder del FGyR y no a las restantes acciones del Programa ni a las cuentas en dinero para la administración del Fondo ni a sus dividendos (cf. fs. 27/30 y 53/55 y el precedente “Fernández”, *supra* citado), a lo que se agrega que, como apunta el juez de grado, la demandada no acreditó la insuficiencia de los importes existentes —dividendos e intereses— en el FGyR (cfr. fs. 180, *in fine*, y 181).

En las condiciones descriptas, atendiendo —en especial— al tiempo transcurrido y a la ausencia de controversia en torno a la deuda, aprecio que la solución de la Juzgadora desatiende, no sólo el límite cuantitativo para recurrir en relación a ocho de los actores, sino, también, los alcances del reclamo y lo dispuesto y acontecido a partir del dictado del decreto federal n° 1623/99, aspectos cuya valoración no puede omitirse al considerar lo concerniente al plazo de cancelación

del saldo de recompra y su pago, so riesgo de incurrir en un caso de privación de justicia.

En ese contexto, entiendo que corresponde revocar la decisión de la Cámara y disponer que, previo interiorizarse sobre la situación actual del FGyR —judicial y patrimonial—, requiriendo a tales fines los informes o peritajes contables que fuere menester, determine un plazo razonable para el pago por la accionada de los saldos respectivos, sin que obste a ello la existencia de eventuales derechos de terceros, no formalizados en la presente causa, ni la de medidas cautelares o de eventuales quebrantos patrimoniales a los que, en su caso, oportunamente y por quien compete, habrá de conferírseles por la vía que corresponda el tratamiento previsto en las normas de fondo o procesales vigentes en la materia.

- IX -

Por lo expresado, considero que corresponde descalificar el pronunciamiento en relación a ocho accionantes (cfrse. ítem IV del dictamen) y declarar admisible el recurso en relación a los actores Sres. Colodro y Montial, revocar la sentencia y remitir las actuaciones al tribunal de origen para que, con arreglo a lo indicado, determine un plazo razonable para la cancelación por la accionada del saldo de recompra, ponderando, en su caso, lo expuesto sobre el tema por dicha parte en oportunidad de expresar los agravios de la apelación (cf. fs. 200). Buenos Aires, 18 de marzo de 2011. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de febrero de 2014.

Vistos los autos: “Yurquina, Jalil Milagro y otros c/ Programa de P de Telecom Arg. Stet France Tel. S.A. y otro s/ ordinario”.

Considerando:

Que con respecto al agravio vinculado a la jurisdicción apelada de la alzada en lo que atañe a ocho de los actores, el recurso extraordinario resulta inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Que, por el contrario, en lo referente a las quejas vertidas con relación a la cuestión de fondo, esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos por la señora Procuradora Fiscal en los puntos I, II, III, V, VI, VII y VIII –en cuanto a éste, a excepción de lo señalado en el tercer renglón del cuarto párrafo de fs. 259 vta.–, cuya aplicación extiende a todos los codemandantes.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal en la medida precisada, se declara procedente el recurso extraordinario en cuanto se desprende de lo expuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance que surge de la presente. Las costas se imponen a la demandada por resultar sustancialmente vencida (art. 68 del código citado).

Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo decidido. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal a los que cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen, para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS
LORENZETTI

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se lo desestima. Las costas deberán ser soportadas por su orden atento a que la contestación del remedio federal no cumple con lo establecido en el art. 1° del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 de esta Corte. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por la parte actora, **Jalil Milagro Yurquina, Miguel Lorenzo Colodro, Julio Fernández, Luis José Gurrieri, Domingo Guido Jiménez, Martha Ema Machaca, Ramón Gerardo Mansilla, Francisco Antonio Martínez, Jorge Daniel Montial e Hilda Ester Tell**, representados por el Dr. **Jorge H. Guinázú**.

Traslado contestado por el **Programa de Propiedad Participada de Telecom Argentina S.A.**, representado por el Dr. **Hernán Federico García de García Vilas**.

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

Otros tribunales intervinientes: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 7**.

AGUAS ARGENTINAS c/ MUNICIPALIDAD DE
AVELLANEDA s/ DEMANDA DECLARATIVA CON MEDIDA CAUTELAR

SERVICIOS PUBLICOS LOCALES

Cabe revocar la sentencia que rechazó la acción promovida por la empresa actora contra una municipalidad a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la pretensión de ésta última de gravarla con el denominado “derecho de ocupación o uso de espacios públicos”, pues al fijar la base imponible del tributo en función de los ingresos brutos -facturación a usuarios- de la contribuyente, la demandada se apartó de la prohibición establecida en el art. 10 de la ley 10.559 de la provincia

de Bs As, vigente desde enero de 1988, alzándose de tal manera contra una norma a la cual debía acatamiento, y al no haber tratado adecuadamente dicha cuestión -que fue planteada por la accionante de manera oportuna y mantenida ante esa alzada- la sentencia recurrida no satisface sino en forma aparente la necesidad de ser derivación del derecho vigente, con adecuada referencia a los hechos de la causa, por lo que corresponde atender los agravios del apelante en cuanto a la arbitrariedad que imputa a lo resuelto.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario planteado contra la sentencia que rechazó la acción promovida por la empresa actora contra una municipalidad a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la pretensión de ésta última de gravarla con el denominado “derecho de ocupación o uso de espacios públicos”, es procedente por cuanto, aun cuando no se haya interpuesto queja, la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio justifica que se consideren también los agravios referentes a la arbitrariedad del fallo, toda vez que no fueron objeto de desestimación expresa por parte de la cámara, circunstancia que no puede tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente, y al aducirse en el recurso extraordinario la diferente interpretación de una norma federal y el vicio de sentencia arbitraria, este último planteo debe ser considerado en primer término puesto que, de existir la arbitrariedad alegada, no habría sentencia propiamente dicha.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 236/239, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de la instancia anterior, mediante la cual se había rechazado la acción iniciada por Aguas Argentinas S.A. contra la Municipalidad de Avellaneda, dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la pretensión de esta última de gravarla con el denominado “*derecho de ocupación o uso de espacios públicos*” durante los períodos fiscales de enero de 1995 a mayo de 2000.

Para así decidir, señaló que se discute la delimitación del poder de policía municipal y del Estado Nacional respecto de la actividad de los prestadores de servicios públicos y, como derivación de ese debate, el deslinde de las facultades tributarias de los municipios y de la Nación. Destacó que la Constitución Nacional reconoce la autonomía municipal y que la normativa fiscal cuestionada fija el pago de un canon por derechos de uso y ocupación de espacios públicos, del cual no se halla excluida la actora.

En especial, destacó, con base en lo decidido por esa Corte en la causa "*Gas Natural Ban S.A. c/Municipalidad de Campana*", sentencia del 12 de agosto de 2003, que el "*Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*", del 12 de agosto de 1993, dispuso que se promovería la derogación de las tasas municipales que afecten los servicios sanitarios o que graven directa o indirectamente, por medio de controles, la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo, y que ello se haría mediante la remisión del respectivo proyecto de ley a la Legislatura provincial o la recomendación a los municipios que cuenten con competencia para la creación y derogación de esos gravámenes, y que igual actitud se seguiría con las tasas municipales en general, en los casos que no constituyan la retribución de un servicio efectivamente prestado o en aquellos supuestos en los que excedan el costo que derive de su prestación.

De esta forma, adujo, queda claro que el compromiso asumido por las partes en ese tratado, respecto de los tributos como el involucrado en autos, no implicó una derogación o supresión inmediata, sino una obligación de medios tendiente a instar a sus respectivas jurisdicciones municipales a derogar las tasas que no se vinculen con una efectiva contraprestación por su parte.

Asimismo, precisó que el estudio de la aplicación de la ley 22.016 sólo tendría sentido si existiera alguna exención a favor de la demandante, y que en este caso ello resultaba inoficioso puesto que tanto el contrato de concesión como el art. 29, inc. g), del decreto 999/92 se refieren únicamente a los tributos nacionales que pudieren recaer sobre la ocupación del subsuelo para los fines allí indicados y que, por el contrario, todo otro impuesto, tasa o contribución debería ser afrontado por el concesionario.

-II-

Contra esa decisión, la demandante interpuso el recurso extraordinario de fs. 234/273, que fue concedido a fs. 290.

Sostiene que la sentencia es arbitraria, puesto que prescinde de la aplicación de la doctrina de la Corte respecto de la preeminencia de las normas federales que consagran una serie de exenciones tributarias para los servicios públicos concesionados por el Estado Nacional, así como de la doctrina de la interferencia de los tributos locales con los instrumentos y fines del Gobierno Federal.

Se agravia, también, del equivocado alcance que, en su criterio, el pronunciamiento recurrido confiere al art. 1° de la ley 22.016 y resalta que omite tratar argumentos expuestos por su parte, en especial, la violación por el municipio de la interdicción de la analogía consagrada en el art. 9°, inc. b), de la ley 23.548 y de la prohibición expresa de establecer tributos a determinarse sobre los ingresos brutos, contenida en el art. 10 de la ley local 10.559.

Asimismo, dice que la decisión es contraria al derecho invocado por la empresa, pues: a) la supuesta limitación del art. 8.1) del contrato de concesión a los tributos nacionales a lo sumo puede ser considerada como una aclaración del concedente en un instrumento entre las partes, pero no puede considerarse que limite o restrinja la exención consagrada en una ley federal (art. 59 de la ley 13.577), de lo que se deriva que la sentencia no se ha hecho cargo del argumento de su parte en punto a que la libre ocupación viene consagrada por esa ley y; b) es erróneo el análisis de las cláusulas del “*Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*”, e incorrecta la remisión al precedente registrado en Fallos: 326:2653, “*Gas Natural Ban S.A. c/Municipalidad de Campana*”, en tanto la sentencia confunde el derecho de ocupación con una tasa retributiva de servicios, y le aplica las normas del Pacto que rigen a estas últimas.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es admisible porque, frente a la ambigüedad del auto de su concesión, la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio justifica que la Corte considere —aunque no se haya interpuesto recurso de queja— también los agravios referentes a la arbitrariedad del fallo, toda vez que no fueron objeto de desestimación expresa por parte de la cámara y las deficiencias de la resolución apuntada no pueden tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente (Fallos: 302:400; 314:1202; 318:1428; 319:2264; 321:1909 y 3620; 323:2245 y 325:1454).

En este sentido, cabe recordar que si en el recurso extraordinario se aduce la distinta interpretación de una norma federal y el vicio de

sentencia arbitraria, este último planteo debe ser considerado en primer término puesto que, de existir la arbitrariedad alegada, no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 312:1034 y sus citas, entre otros).

-IV-

A mi entender, un orden lógico impone examinar, en primer término, el alcance del art. 10 de la ley local 10.559 (t.o. por el decreto 1.069/95) toda vez que, de seguirse la tesis que sostiene la actora en este punto, el estudio de los demás agravios se tornaría inoficioso.

El citado precepto, cuya constitucionalidad no ha sido objetada, establece: “*Los Municipios de la Provincia no podrán establecer ningún tipo de gravamen a determinarse sobre los ingresos Brutos o Netos, gastos o inversiones de la industria, el comercio y los servicios. Se excluyen de la presente disposición la Tasa por derecho de construcción de inmuebles o delineación, la Tasa por derecho a los espectáculos públicos, la Tasa por habilitación de comercio e industria, la Tasa por inspección de Seguridad e Higiene y la Tasa por extracción de minerales*”.

Se encuentra fuera de debate que, según la legislación municipal que sirve de base al reclamo tributario aquí cuestionado, los prestadores del servicio público de agua potable y redes cloacales como la actora debían abonar en concepto de “*derecho de ocupación o uso de espacios públicos*”, en forma bimestral, un importe equivalente al ocho por ciento de la facturación a usuarios por los servicios prestados dentro del municipio (cfr. fs. 77, 78 y 148).

En estas condiciones, al fijar la base imponible del tributo en función de los ingresos brutos —facturación a usuarios— de la contribuyente, queda a la luz que el Municipio se apartó de la prohibición establecida en el art. 10 de la ley provincial 10.559, vigente desde el 1° de enero de 1988 (cfr. art. 13), alzándose contra una norma a la cual debe acatamiento, motivo por el cual su suerte adversa queda sellada.

Es que, en lo relativo al alcance y límites de las facultades municipales, ha señalado esa Corte que éstas surgen de la Constitución y las leyes provinciales, cuya correlación, interdependencia y conformidad entre sí no incumbe decidir a la Nación, en tanto ellas no violen los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, las leyes de la Nación o los tratados con las potencias extranjeras (art. 31 de la Constitución Nacional). La Constitución Nacional se limita a ordenar el establecimiento del régimen municipal, como requisito esencial para la efectividad de la autonomía de las provincias

(art. 5), pero en manera alguna les ha prefijado un sistema económico-financiero al cual deban ajustar la organización comunal, cuestión que se encuentra dentro de la órbita de las facultades propias de las Provincias, conforme a los arts. 104, 105 y 106 de la Constitución (Fallos: 199:423; 314:495).

También aclaró V.E. que el art. 123 de la Constitución Nacional — incorporado por la reforma de 1994— no confiere a los municipios el poder de reglar las materias que le son propias sin sujeción a límite alguno. La cláusula constitucional les reconoce autonomía en los órdenes “*institucional, político, administrativo, económico y financiero*” e impone a las provincias la obligación de asegurarla, pero deja librado la reglamentación que éstas realicen la determinación de su “*alcance y contenido*”. Se admite así, explicó el Tribunal, “*...un marco de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan (arts. 121, 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el art. 123*” (Fallos: 325:1249).

En consecuencia, es mi opinión que la sentencia recurrida no satisface sino en forma aparente la necesidad de ser derivación del derecho vigente, con adecuada referencia a los hechos de la causa, por lo que correspondería atender los agravios del apelante en cuanto a la arbitrariedad que imputa a lo resuelto (Fallos: 318:1151).

-V-

En virtud de lo hasta aquí expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario, revocar la sentencia de fs. 236/239 y ordenar que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho. Buenos Aires, 23 de abril de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2014.

Vistos los autos: “Aguas Argentinas c/ Municipalidad de Avellaneda s/ demanda declarativa con medida cautelar”.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, al confirmar la sentencia de la instancia anterior, rechazó la acción promovida por Aguas Argentinas S.A. contra la Municipalidad de Avellaneda, con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la pretensión de esta última de gravarla con el denominado “derecho de ocupación o uso de espacios públicos” durante los periodos fiscales de enero de 1995 a mayo de 2000.

2º) Que para pronunciarse en el sentido indicado, el tribunal de alzada, tras indicar que se discutía la delimitación del poder de policía municipal y del Estado Nacional respecto de la actividad de los prestadores de servicios públicos y, en consecuencia, el deslinde de las facultades tributarias de los municipios y de la Nación, destacó que la Constitución Nacional reconoce la autonomía municipal y que la normativa fiscal cuestionada fija el pago de un canon por derechos de uso y ocupación de espacios públicos, del cual no se hallaba excluida la actora.

Asimismo puso de relieve que en la causa “Gas Natural Ban S.A. c/ Municipalidad de Campana” (Fallos: 326:2653), este Tribunal puntualizó que a través del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, del 12 de agosto de 1993, se dispuso que se promovería la derogación de las tasas municipales que afecten los servicios sanitarios o que graven directa o indirectamente, por medio de controles, la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo, lo que se llevaría a cabo mediante la remisión del respectivo proyecto de ley a la Legislatura Provincial o la recomendación a los municipios que cuenten con competencia para la creación y derogación de esos gravámenes, y que igual actitud se seguiría con las tasas municipales en general, en los casos que no constituyan la retribución de un servicio efectivamente prestado o en aquellos supuestos en los que excedan el costo que derive de su prestación.

3º) Que sobre esa base, entendió que el compromiso asumido por las partes en ese acuerdo, respecto de tributos como el involucrado en autos, no implicó una derogación o supresión inmediata, sino una obligación de medios tendiente a instar a sus respectivas jurisdicciones municipales a derogar las tasas que no se vinculen con una efectiva contraprestación por la comuna.

4º) Que por otra parte, precisó que el examen de la eventual aplicación de la ley 22.016 sólo tendría sentido si existiera alguna exención a favor de la actora, lo cual —según el concepto del a quo— no sucedía en el caso, toda vez que tanto en el contrato de concesión como en el art. 29, inc. g, del decreto 999/92 sólo se la eximía de los tributos nacionales que pudieren recaer sobre la ocupación del subsuelo para los fines allí indicados, disponiéndose, por el contrario, que todo otro impuesto, tasa o contribución debería ser afrontado por el concesionario.

5º) Que contra tal sentencia, Aguas Argentinas S.A. interpuso recurso extraordinario a fs. 254/273, que fue concedido por el a quo mediante la resolución de fs. 290.

6º) Que la demandante aduce que la sentencia es arbitraria pues prescinde de la aplicación de la doctrina de esta Corte respecto de la preeminencia de las normas federales que consagran exenciones tributarias para los servicios públicos concesionados por el Estado Nacional, así como de la doctrina de la interferencia de los tributos locales con los instrumentos y fines del Gobierno Federal.

Asimismo, se agravia del equivocado alcance que, en su criterio, el pronunciamiento recurrido confiere al art. 1º de la ley 22.016. Del mismo modo, aduce que la sentencia omite tratar argumentos expuestos por su parte, en especial, la violación por el municipio de la interdicción de la analogía consagrada en el art. 9º, inc. b, de la ley 23.548 y de la prohibición expresa de establecer tributos a determinarse sobre los ingresos brutos, contenida en el art. 10 de la ley local 10.559.

Por otra parte, sostiene que la supuesta limitación del art. 8.1 del contrato de concesión a los tributos nacionales, a lo sumo puede ser considerada como una aclaración del concedente en un instrumento entre las partes, pero no como un límite que restrinja la exención consagrada en una ley federal (art. 59 de la ley 13.577). Por otra parte, aduce que es erróneo el examen efectuado por el a quo de las cláusulas del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, e incorrecta la referencia al precedente de Fallos: 326:2653, “Gas Natural Ban S.A. c/ Municipalidad de Campana”.

7º) Que el recurso extraordinario planteado es procedente por cuanto, aun cuando no se haya interpuesto queja, la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio justifica que se consideren tam-

bién los agravios referentes a la arbitrariedad del fallo, toda vez que no fueron objeto de desestimación expresa por parte de la cámara, circunstancia que no puede tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente (Fallos: 302:400; 314:1202; 318:1428; 319:2264; 321:1909 y 3620; 323:2245 y 325:1454). Cabe agregar que —según conocida doctrina— si en el recurso extraordinario se aduce la distinta interpretación de una norma federal y el vicio de sentencia arbitraria, este último planteo debe ser considerado en primer término puesto que, de existir la arbitrariedad alegada, no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 312:1034 y sus citas, entre otros).

8º) Que sentado lo que antecede, corresponde detenerse, en primer término, en lo dispuesto por el art. 10 de la ley local 10.559 (t.o. por el decreto 1069/95), toda vez que, de aceptarse el criterio que sostiene la actora en este punto, el estudio de los demás agravios se tornaría inoficioso. Tal precepto, cuya constitucionalidad no ha sido objetada, establece: *“Los Municipios de la Provincia no podrán establecer ningún tipo de gravamen a determinarse sobre los ingresos Brutos o Netos, gastos o inversiones de la industria, el comercio y los servicios. Se excluyen de la presente disposición la Tasa por derecho de construcción de inmuebles o delineación, la Tasa por derecho a los espectáculos públicos, la Tasa por habilitación de comercio e industria, la Tasa por inspección de Seguridad e Higiene y la Tasa por extracción de minerales”*.

9º) Que al respecto cabe señalar que se encuentra fuera de debate que, según la legislación municipal que sirve de base al reclamo tributario aquí cuestionado, los prestadores del servicio público de agua potable y redes cloacales como la actora debían abonar en concepto de “derecho de ocupación o uso de espacios públicos”, en forma bimestral, un importe equivalente al ocho por ciento de la facturación a usuarios por los servicios prestados dentro del municipio (cfr. fs. 77, 78 y 148).

10) Que, en estas condiciones, al fijar la base imponible del tributo en función de los ingresos brutos —facturación a usuarios— de la contribuyente, la municipalidad demandada se apartó de la prohibición establecida en el mencionado art. 10 de la ley provincial 10.559, vigente desde el 1º de enero de 1988, alzándose de tal manera contra una norma a la cual debía acatamiento.

11) Que, por lo tanto, al no haber tratado adecuadamente dicha cuestión —que fue planteada por la accionante de manera oportuna y mantenida ante esa alzada (confr. fs. 38/38 vta. y 218/218 vta.)— la sentencia recurrida no satisface sino en forma aparente la necesidad de ser derivación del derecho vigente, con adecuada referencia a los hechos de la causa, por lo que corresponde atender los agravios del apelante en cuanto a la arbitrariedad que imputa a lo resuelto (Fallos: 318:1151).

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

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

Recuso extraordinario interpuesto por **Aguas Argentinas Sociedad Anónima**, representada por la **Dra. María Inés Giménez**, con el patrocinio letrado del **Dr. Alberto Tarsitano**.

Traslado contestado por: **Municipalidad de Avellaneda**, representada por la **Dra. Laura Patricia Squeo**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal n° 2 de La Plata, Secretaría n° 4**.

AMI CABLE HOLDING LDT. Y OTRO S/ INCIDENTE

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La autoridad de aplicación creada por el art. 46 inc. c) de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia es -en el marco de ese especial sistema de litigación- la única legitimada procesal para solicitar ante el juez competente la disolución, liquidación, desconcentración o división de las empresas infractoras de sus disposiciones.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por el juez que, al sustanciar el amparo y decretar medidas cautelares, realizó una creación ex nihilo del título para sostener su competencia e irrumpir en la ajena desconociendo que el Poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás un poder invasor, peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías que tiene por misión hacer efectivas y amparar (Fallos: 12:134).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Se planteó un conflicto positivo de competencia con relación a la causa “Supercanal S.A. c/ Cablevisión S.A. y otros s/ amparo”, que corresponde dirimir a V.E. en los términos del artículo 24, inciso 7°, del Decreto Ley N° 1285/58.

Por un lado, Cablevisión SA petitionó, en el contexto de la causa “Ami Cable Holding LDT y otros s/ apelación resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia”, la acumulación de ambos procesos. Ante ello, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, que interviene en el mencionado caso “Ami Cable”, declaró la competencia de la justicia en lo civil y comercial federal para entender en el proceso “Supercanal S.A.” fundándose en razones de conexidad. En esa decisión, el tribunal señaló que no es formalmente admisible la acumulación de procesos en tanto que las acciones -“Supercanal S.A.” y “Ami Cable”- carecen de identidad de sujetos y objetos, así como se encuentran en distinto estado procesal y en diferente instancia. Sin embargo, sostuvo que esa circunstancia no implica el rechazo del planteo efectuado por Cablevisión SA, dado que no se trata sólo de una cuestión de competencia, sino que también “se encuentra en tela de juicio la jurisdicción de la Sala sobre las causas en las que está llamada a conocer, que está siendo afectada por la actuación del juez federal de Mendoza” (fs. 576 vta. de los autos citados). En ese contexto, decidió remitir la causa al Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N° 6. Apuntó que el magistrado a cargo de dicho juzgado se había declarado competente ante la inhi-

bitoria planteada por Fintech -accionista de Cablevisión S.A.- en la causa N° 135/12.

Por otro lado, el Juzgado Federal N° 2 de Mendoza, donde quedó originariamente radicada la causa “Supercanal SA”, reafirmó su competencia para entender en esas actuaciones y rechazó su remisión al fuero federal con asiento en la Ciudad de Buenos Aires. En primer lugar, advirtió que el conflicto positivo de competencia suscitado ante la inhibitoria articulada por Fintech Media LLC entre el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N° 6 y el Juzgado Federal N° 2 de Mendoza fue zanjado por el Tribunal de Alzada de esa provincia a favor del juzgado federal mendocino. Enfatizó que ante ese juzgado con asiento en la Ciudad de Buenos Aires no tramita ninguna causa cuya conexidad haya sido invocada. En segundo lugar, destacó la diferencia entre los objetos de las acciones “Supercanal S.A.” y “Ami Cable”.

- II -

A los efectos de resolver el conflicto suscitado es menester precisar las particularidades de ambas causas.

Por un lado, la causa “Ami Cable” tramita ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, que actúa como tribunal de apelación de las decisiones emanadas de la Autoridad de Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en el marco de lo dispuesto por el artículo 53 de la Ley N° 25.156. En ese caso, Grupo Clarín S.A., Cablevisión S.A. y Vistone S.A. pretenden que se revoque la Resolución MECON N° 113/10, que declaró el cese de los efectos de la autorización para la operación de concentración societaria, que había sido otorgada por Resolución SCI N° 257/07. Más precisamente, peticionan que se declare: (i) que el compromiso unilateral oportunamente ofrecido y aceptado por la Resolución N° 257/07 fue cumplido y (ii) que la operación de concentración económica se encuentra autorizada en los términos del artículo 13, inciso a), de la Ley N° 25.156, conforme lo había dispuesto la Resolución SCI N° 257/07 (fs. 364/461).

Los autos “Ami Cable” se encuentran en estado de dictar sentencia ante ese Tribunal de Alzada (v. proveído del 15/2/11, fs. 803 del expte. N° 2054/10).

Por otro lado, los autos “Supercanal S.A.” consisten en una acción de amparo promovida por esa empresa contra Cablevisión S.A., sus accionistas controlantes (Southtel Holdings S.A., Vistone SA., CV B Holding S.A., Fintech Media L.L.C. y VLG Argentina L.L.C.), Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Grupo Clarín S.A. y sus accionistas con-

trolantes (GC Dominio S.A., Ernestina H. de Noble, Héctor H. Magnetto, José Antonio Aranda y Lucio Rafael Pagliaro; v. fs. 1083/1153, expte. cit). Supercanal S.A. pretende el cese de las conductas anticompetitivas, abusivas e ilícitas en las que habrían incurrido las demandadas. Puntualiza que esas prácticas consisten, entre otras, en la determinación de precios, ofertas con precios predatorios, manipulación de la grilla de canales, exclusión de señales de noticias de incorporación obligatoria y manipulación del ingreso de nuevas señales al mercado. Concretamente, peticiona que se ordene la división de Cablevisión S.A. mediante la segregación de los activos, pasivos y negocios que conformaran el patrimonio y la actividad de la absorbida Multicanal S.A.

Esa demanda quedó originariamente radicada ante el Juzgado Federal N° 2 de la Provincia de Mendoza. Ese juzgado declaró la competencia del fuero federal mendocino para entender en la acción de amparo entablada y decretó diversas medidas cautelares (fs. 2259/68, de los autos “Supercanal S.A.”, expte. N° 39.350/4). Ambas cuestiones fueron apeladas por los demandados. Tanto la declaración de la competencia como, en lo sustancial, las medidas precautorias fueron confirmadas por la Alzada (fs. 2417/26 de los autos citados). Actualmente, la causa se encuentra en pleno trámite, habiéndose presentado las contestaciones de la demanda.

De esa breve descripción surge en forma palmaria la diversidad de sujetos y objetos de las causas “Supercanal S.A.” y “Ami Cable”, así como el distinto estado procesal de ambas.

La acción de amparo promovida por Supercanal SA consiste en un reclamo efectuado por un particular contra diversas personas físicas y jurídicas -que exceden a las que revisten el carácter de impugnantes en la causa “Ami Cable”— en atención a los daños concretos que habría padecido en su carácter de prestatario de servicios de comunicación audiovisual como consecuencia de las conductas anticompetitivas, abusivas e ilícitas que habrían sido realizadas por las demandadas.

El segundo caso consiste en un conflicto suscitado entre el Estado Nacional —más específicamente, la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia-, y diversas personas jurídicas, que participaron en una operación de concentración económica. En ese contexto, el Estado Nacional ejerce su función de controlar y fiscalizar el correcto funcionamiento del mercado en representación del interés económico general (arts. 1 y 7, Ley N° 25.156) y no en representación de un perjuicio concreto padecido por un usuario y/o un competidor determinado. Es más, el control realizado por la Autoridad de Aplicación de la Ley

de Defensa de la Competencia es esencialmente preventivo, puede ser realizado *ex ante* y tiene por objeto evaluar el impacto general de una operación de concentración económica, esto es, considerando el conjunto de los intereses económicos que confluyen en el mercado. Por el contrario, en la causa promovida por Supercanal SA, éste actúa a los efectos de obtener el cese de una conducta que le causa un daño concreto en atención a las circunstancias particulares de la causa (art. 51, Ley N° 25.156). De ello surge que la intervención del órgano judicial es en ese caso esencialmente correctivo, *ex post* y en aras de adjudicar una lesión concreta invocada por el damnificado. Cabe recordar que el control de la defensa de la competencia, tal como está regulada en la Ley N° 25.156, no se encuentra exclusivamente a cargo del Estado Nacional, sino que su actuación no excluye los reclamos que pueden realizar los particulares damnificados, que, en definitiva, redundan en el adecuado funcionamiento del mercado (arts. 15 y 51, Ley N° 25.156).

Las diferencias conceptuales reseñadas se manifiestan en la falta de identidad de sujetos y de objetos, lo que determina la improcedencia del desplazamiento de la competencia fundado en razones de conexidad, máxime considerando el carácter restrictivo de ese instituto. Si bien V.E. ha establecido que el *forum conexitatis* posibilita la sustanciación de causas relacionadas entre sí ante un mismo magistrado, su aplicación constituye una excepción a las reglas generales para determinar la competencia, ya que importa el desplazamiento de un juicio a favor de otro juez con fundamento en la conveniencia de concentrar ante un solo tribunal todas las acciones que se hallen vinculadas por la misma relación jurídica (CSJN, S.C. Comp. 671, L. XLIII, “Cejas, Ubaldo c/ Villagra G. s/ nulidad acto jurídico”, 3-6-08).

A su vez, las distinciones conceptuales señaladas tienen una implicancia directa en el trámite y en la instancia asignada a cada caso de acuerdo a las reglas generales de la competencia, lo que confirma la improcedencia del desplazamiento fundado en razones de conexidad. En efecto, la competencia que prevé la Ley N° 25.156 es especial y de excepción y, por ende, no puede ser extendida a otros supuestos distintos de los contemplados por el legislador, a saber, el control judicial de los actos administrativos dictados por la Autoridad de Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. En este caso, la improcedencia del desplazamiento se ve corroborada por el hecho de que el amparo iniciado por un particular contra otros particulares no podría tramitarse ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que tiene una competencia limitada y un marco de cognición acotado al objeto de un recurso de apelación.

Este impedimento llevó a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal a disponer que la acción de amparo promovida por Supercanal SA tramite ante un tercer tribunal, a saber, el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N° 6, que no tuvo ninguna intervención en la causa “Ami Cable” con relación a la cual se planteó la conexidad. El Tribunal fundó tal decisión -que, en definitiva, implicó eludir una eventual asignación por sorteo- en que el magistrado a cargo de dicho juzgado se había declarado competente ante la inhibitoria planteada por Fintech Media LLC -accionista de Cablevisión S.A.- en la causa N° 135/12 (v. fs. 573 y vta., y 576 vta.). Sin embargo, tal como lo advierte el Juzgado Federal N° 6 de Mendoza, dicho conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N° 6 y el Juzgado Federal con asiento en Mendoza -que rechazó la inhibitoria, fs. 2663/68 de los autos “Supercanal SA”- fue zanjado por el Tribunal de Alzada de esa provincia a favor del juzgado federal mendocino (fs. 2669/71). Aun en ese contexto, y en virtud de una petición de acumulación de procesos efectuada por Cablevisión en la causa “Ami Cable”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal ordenó la remisión de la acción de amparo al Juzgado Federal N° 6, sin perjuicio de que consideró que la acumulación era improcedente.

Por otro lado, la causa promovida por Supercanal S.A. no puede ser entendida como una interferencia a la jurisdicción de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, en su carácter de revisor de los actos administrativos dictados por la Autoridad de Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. De hecho, el tribunal mantiene plena competencia para dirimir el caso planteado ante esa instancia. Tal como expuse, en nuestro régimen de defensa de la competencia -Ley N° 25.156- conviven el control estatal y los reclamos de terceros damnificados (arts. 15 y 51, ley citada). El ejercicio de esa función estatal de contralor no impide la promoción de acciones por los particulares damnificados ni que estos reclamos tramiten por las vías procesales pertinentes ante los jueces competentes de acuerdo con la aplicación de las reglas generales de competencia (art. 51, ley citada). El art. 51 dispone que “las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia.” Dicha norma no dispone la acumulación de causas ni el desplazamiento de la competencia, cuando coexista una acción, en sede administrativa o judicial, entablada por la Autoridad de Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

En este contexto, la promoción de la acción de Supercanal S.A. -en su carácter de prestatario supuestamente damnificado en el marco de un caso concreto como consecuencia de las conductas anticompetitivas, abusivas e ilícitas de las demandadas- no puede ser considerada una interferencia a la actuación del Tribunal en la causa “Ami Cable”, sino el válido ejercicio de un derecho.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal adujo que la resolución de la acción de amparo podría tornar abstracto el caso “Ami Cable”. Sin embargo, esa cuestión -más allá de que es meramente conjetural- no puede modificar la competencia determinada por las reglas generales -máxime considerando los obstáculos procesales señalados-, en tanto que ningún tribunal puede impedir que la consumación de cuestiones judiciales y/o extrajudiciales torne innecesaria su actuación. Del mismo modo, la incidencia de las medidas precautorias dictadas en el marco de los autos “Supercanal S.A.” en el trámite del caso “Ami Cable” tampoco puede justificar un desplazamiento en la competencia, máxime en el régimen jurídico descrito en los párrafos anteriores.

Tampoco existe en las causas “Supercanal SA” y “Ami Cable” el riesgo del dictado de sentencias contradictorias, en tanto los presupuestos fácticos y jurídicos que son analizados en ambos casos son diversos. Así, la eventual revocación de la Resolución MECON N° 113/10 -donde la cuestión controvertida consiste, principalmente, en el cumplimiento de las condiciones sujeto a las cuales se autorizó la concentración económica- no impediría la promoción de acciones judiciales donde los particulares invoquen la existencia de un daño a raíz de la concentración económica autorizada por la Autoridad de Aplicación (conf. art. 15, Ley N° 25.156). Ello demuestra a su vez que no se trata de un caso de conexidad por continencia, dado que la pretensión deducida en la causa “Supercanal S.A.” no está subsumida dentro de las cuestiones planteadas en el contexto del caso “Ami Cable”.

Por último, las razones invocadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en relación a la competencia territorial de la justicia federal con asiento en Mendoza fueron planteadas por los interesados y resueltas en el contexto de la causa “Supercanal SA” (fs. 1788/1817; 1935/1968; 2420/1; 2533/2544 de la citada causa). Para más, esas razones no pueden fundar el desplazamiento de la competencia en el marco de una petición de acumulación de procesos.

La suma de las circunstancias apuntadas me llevan a la convicción de que no corresponde que la competencia del juez federal con asiento

en la Provincia de Mendoza sea desplazada a favor del juzgado federal de la Capital Federal, donde no tramita la causa “Ami Cable” en relación a la cual se planteó la existencia de conexidad.

- III -

Sobre la base de estas consideraciones, entiendo que la causa “Supercanal S.A. c/ Cablevisión S.A. y otros s/ amparo” - expediente N° 39.350/4- debe continuar su trámite ante el Juzgado Federal N° 2 de Mendoza. Buenos Aires, 02 de noviembre de 2012. *Alejandra Magdalena Gils Carbó*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que los antecedentes que han dado lugar a esta cuestión han sido suficientemente relacionados por esta Corte en la resolución cautelar del pasado 28 de agosto (fs. 659/660) y en el capítulo I del dictamen de la señora Procuradora General, a cuyo relato también cabe remitir por razones de brevedad.

2º) Que a los fines de resolver el conflicto que promueve la intervención del Tribunal, es imprescindible precisar la sustancia de los objetos correspondientes a las reclamaciones que dan lugar a ambas causas.

3º) Que en autos “Ami Cable Holding LDT”, que tramitan ante la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, se encuentra pendiente de resolución por ese tribunal de alzada el recurso que contempla el art. 53 de la ley 25.156, interpuesto por las empresas interesadas contra la resolución MECON 113/10 y concedido con efecto suspensivo.

Dicho pronunciamiento administrativo declaró el cese de los efectos de la autorización concedida por la resolución 257/07 de la Secretaría de Comercio Interior, con respecto a la operación de con-

centración societaria mediante la cual Grupo Clarín S.A. y Fintech Advisory Inc. adquirieron el control de Cablevisión S.A., empresa esta última que, a su vez, adquirió la parte sustancial del paquete accionario de Multicanal S.A.

El acto impugnado se fundó en el incumplimiento por parte de las adquirentes del compromiso al cual se había subordinado la operación. Éste, básicamente, les imponía garantizar a todos los operadores que lo solicitaren la libre disponibilidad de señales televisivas con acceso a determinado tipo de programación, ubicación en la grilla, extensión del servicio de televisión pago e Internet con determinados alcances, progresiva digitalización del servicio, implementación en ciertas áreas de un sistema de abonos reducidos con acceso a un número de canales de televisión abierta y provisión de algunos servicios gratuitos, con la consiguiente obligación de informar cada tres meses, por el término de dos años, el grado de desarrollo de las inversiones requeridas.

4º) Que en la causa “Supercanal S.A. y otros s/ amparo”, radicada ante el Juzgado Federal nº 2 de Mendoza, la actora promovió acción en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional, 322, inciso 2º, y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra Cablevisión S.A., Arte Televisivo Argentino S.A. (“ARTEAR”), los accionistas controlantes de la primera (Southel Holdings S.A., Vistone S.A., CV B Holding S.A., Fintech Media L.L.C. y VLG Argentina L.L.C., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.), Grupo Clarín S.A. y a su vez contra sus accionistas controlantes (GC Dominio S.A., Ernestina Herrera de Noble, Héctor H. Magnosto, José Antonio Aranda y Lucio Rafael Pagliaro).

En dichas actuaciones, Supercanal S.A. demandó que se ordene el cese de conductas anticompetitivas, que consistían en la determinación de precios, en el aumento unilateral de los costos de los competidores, en las ofertas con precios predatorios, en el manejo de la grilla de canales a favor del Grupo Clarín, en la exclusión de señales y en la manipulación del ingreso de otras al mercado.

La demandante reclama, asimismo, que se disponga la división de Cablevisión S.A. mediante la segregación de los activos y pasivos, y de los negocios correspondientes a la desaparecida firma Multicanal, fusionada con aquélla, y su ulterior transferencia a terceros. En subsidio, solicita que se ordene la división de Cablevisión por esci-

sión o por la modalidad que determine la sentencia, de modo tal que los actuales accionistas de la primera continúen sólo con los negocios que correspondían a la segunda y, en caso de no resultar posible o conveniente dicha reestructuración, que se ordene la disolución y liquidación de Cablevisión S.A.

5º) Que la cabal comprensión de la causa promovida por Supercanal S.A. ante la justicia federal mendocina demuestra que en dichas actuaciones se pretende, en definitiva, satisfacer un objeto que contiene al que se ventila ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, consistente en impugnar y privar de validez la desconcentración empresaria entre Cablevisión S.A. y Multicanal, que ha sido dispuesta por la resolución MECON 113/10 y es objeto de recurso por las interesadas ante aquella alzada.

6º) Que si bien Supercanal S.A. sostiene que su reclamo es independiente del debate relativo a la validez de la citada resolución MECON 113/10, la demostración más concluyente de que utilizó la demanda —presentada el 23 de mayo de 2011— ante la justicia federal mendocina como un medio elíptico, pero inequívoco, para interferir en el proceso que tramita ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, está constituida por las expresiones utilizadas por la propia demandante en oportunidad de precisar el alcance de su reclamación.

En el escrito de que se trata, sostuvo, en efecto, que la división empresaria que solicita, constituye, en el caso de autos, “...**la única decisión judicial compatible con el otorgamiento a la actora de una tutela judicial efectiva a sus derechos, y que se garantiza a la misma con rango constitucional**” (fs. 1132 vta., énfasis en el original).

Más terminante aún para corroborar la conclusión precedente, es lo manifestado por la actora en el sentido de que: “...**la estructura consolidada de Cablevisión y Multicanal...que la convierten en una entidad cuya subsistencia en su actual condición resulta incompatible con la protección de los mercados contra toda forma de distorsión que constituye imperativo constitucional después de la reforma de 1994, hacen que la separación de estructuras y negocios que aquí se solicita no sólo resulte apropiada: *es necesaria*...**” (fs. 1138 vta., énfasis, itálica y subrayado en el original).

Agregó en dicha presentación que “...**LO DISTORSIVO DE LA COMPETENCIA NO SON SÓLO LAS CONDUCTAS DE LOS DEMANDADOS SINO LA PROPIA ESTRUCTURA DE CABLEVISIÓN COMO ENTIDAD CONSOLIDADA CON LOS NEGOCIOS DE LA ANTIGUA MULTICANAL SIENDO LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS QUE SE REGISTRAN EN FORMA PERSISTENTE NO SIMPLEMENTE EL RESULTADO DE DECISIONES ILEGÍTIMAS AISLADAS SINO MANIFESTACIONES FENOMÉNICAS DEL VERDADERO PROBLEMA SUBYACENTE QUE RESIDE EN LA EXISTENCIA DE UNA ENTIDAD CUYA DIMENSIÓN, PODER DE MERCADO E INCENTIVOS LA DETERMINAN COMO ANTICOMPETITIVA. Y PARA ELLO NO HAY OTRA SOLUCIÓN QUE ATACAR EL PROBLEMA ESTRUCTURAL MEDIANTE LA REORGANIZACIÓN DE LA ENTIDAD ANTICOMPETITIVA. ES LA NATURALEZA DE LA ENFERMEDAD LA QUE IMPONE LA TERAPIA A SEGUIR. MÁS AÚN CUANDO A LA NATURALEZA DEL PROBLEMA SE SUMA LA SERIA AFECTACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO DERIVADO DE LA SUBSISTENCIA DE CABLEVISIÓN, SU CONDUCTA E INCENTIVOS ACTUALES**” (fs. 1138 vta./ 1139, énfasis y mayúsculas en el original, en igual sentido conf. fs. 1087 y 1088).

De lo expuesto se sigue que las prácticas anti-competitivas que la actora atribuye en esta causa a las demandadas, guardan un nexo inescindible con la estructura societaria adoptada por éstas, cuestión que está siendo objeto de juzgamiento ante la justicia federal capitalina en la instancia recursiva que prevé el art. 53 de la ley 25.156, lo que pone de manifiesto la interferencia de la pretensión introducida por vía de amparo en las referidas actuaciones.

7º) Que esa identidad de objetos se torna aún más evidente si se repara en que el titular del Juzgado Federal nº 2 de Mendoza, principio de congruencia mediante, hizo lugar a diversos mandatos cautelares solicitados por la actora y, en consecuencia, dispuso, no solo el cese de las conductas imputadas sino, además, la designación de un interviniente coadministrador en Cablevisión S.A., la separación de ésta y de Multicanal en el plazo de sesenta días y, a este último fin, adoptó un conjunto de medidas consistentes, entre otras, en la segregación de redes, plantas cabeceras de ambas empresas, así como la separación entre los clientes y administración de ellas.

8º) Que esa objetable duplicación de actuaciones judiciales con objetos procesales superpuestos tiene su razón de ser en que Supercanal S.A. ha promovido una reclamación invocando una legitimación que no hace pie en las normas legales invocadas, pues dentro del especial sistema de litigación diseñado por el ordenamiento que rige en la materia, ninguna de sus cláusulas autoriza a un tercero —como lo es Supercanal— para peticionar directamente ante el Poder Judicial que Cablevisión S.A. sea disuelta, liquidada, desconcentrada o dividida.

Tampoco parece posible, dada su complejidad así como el amplio ámbito de debate y prueba que requieren, que esas cuestiones puedan ser planteadas por la excepcional vía contemplada en el art. 43 de la Constitución Nacional.

En efecto, conforme con lo establecido en el art. 46, inc. c, de la ley 25.156 que la actora invoca como fundamento de su reclamo, aquella atribución sólo puede ser ejercida por la autoridad de aplicación mediante la correspondiente solicitud ante el juez competente. Es decir, que únicamente la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia —que reviste aquel carácter en razón de no haberse constituido el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, art. 58 de la ley citada— y sólo después de haber tramitado el procedimiento reglado por los arts. 26 a 45 de aquel cuerpo normativo, es la autoridad que concentra en sus manos la potestad para reclamar ante el Poder Judicial un mandato de la especie mencionada.

Como se advierte, la pretensión radicada ante la justicia federal de primera instancia constituye un vano intento de sustituir al único sujeto al que la ley reconoce como legitimado procesal para perseguir objetos como los indicados, arrogándose la demandante una capacidad de la que carece y que al ser puesta en ejercicio y receptada por la justicia federal con asiento en Mendoza, desarticula desde su base todo el mecanismo de control judicial diseñado por el Congreso de la Nación en materia de defensa de la competencia, deformación que no puede ser aceptada y que sostiene la conclusión de que la demanda es irremediabilmente improponible.

9º) Que no es novedoso en la historia de los precedentes del Tribunal, los casos en que debió tomar intervención con el propósito de dejar sin efecto resoluciones que comprometían la viga maestra del sistema de litigación previsto por el legislador para determinada ma-

teria, como ocurrió ante la creación de la justicia nacional de la seguridad social y el dictado de sentencias que afectaban la “*estructura institucional*” de ese fuero, al considerar esta Corte que carecía de razonabilidad la interpretación de las normas en juego llevada a cabo por una cámara federal “...*a fin de sustraer el tema debatido del ámbito específico en el cual debe resolverse*” (Fallos: 313:1272).

10) Que frente a las particulares características que singularizan las reglas de litigación establecidas por la ley en materia de defensa de la competencia, cabe recordar que esta Corte ha debido corregir y encauzar los excesos deformantes de un trámite igualmente improponible intentado en una causa en que se ventilaba, paradójicamente, la misma operación de concentración societaria que la debatida en el sub iudice.

En efecto, *in re*: “Multicanal S.A. y otro c/ CONADECO - Dto. 527/05” (registrado en Fallos: 334:236), el Tribunal revocó la sentencia apelada y se desestimó la acción declarativa de certeza, deducida por la citada empresa y Grupo Clarín S.A. —en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— contra el Partido Movimiento para la Reconquista y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, con el objeto de que declare que las actoras eran titulares del derecho subjetivo de naturaleza privada a la adquisición de porcentajes accionarios de Cablevisión S.A. El Tribunal sostuvo, en oportunidad de conocer en la instancia del art. 14 de la ley 48 promovida por el Estado Nacional ante una decisión cautelar, que no existía “caso”, “causa” o “controversia”. Ello, por cuanto no se imputó a la autoridad de aplicación la realización de actividad concreta alguna que pudiera generar incertidumbre sobre su derecho y que igual conclusión se imponía respecto de las manifestaciones del presidente del partido político sobre la concentración societaria, no sólo por su naturaleza, sino porque ellas no tuvieron principio de concreción por medio de presentaciones judiciales o administrativas.

Allí se señaló también, en orden a la desestimación de la demanda que ulteriormente se dispuso en el mismo fallo, que la acción meramente declarativa prevista por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no resulta apta para sustituir a las autoridades administrativas en el ejercicio de funciones que le resultan propias, ni para obtener el dictado de una genérica prohibición de demandar que, con efectos *erga omnes*, otorgue a quien la requiere una suerte de inmunidad jurisdiccional frente a terceros (considerando 8º).

Con esta misma comprensión, es igualmente válido afirmar en el sub examine que la acción de amparo deducida por Supercanal S.A. no puede erigirse en un medio para interferir en el trámite del recurso judicial contemplado por el ordenamiento legal —ley 25.156— como único modo de impugnación enderezado a obtener la revisión de un acto administrativo, como el que se halla pendiente de resolución por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

11) Que en trance de resguardar el riguroso cumplimiento de este presupuesto elemental que subordina toda actuación de la rama judicial en ejercicio de las competencias jurisdiccionales que le atribuye el art. 116 de la Constitución Nacional, esta Corte hubo de intervenir en la causa “Procurar c/ Estado Nacional y otros”, sentencia registrada en Fallos: 332:1823, por inexistencia de “caso”, declarando la nulidad de todo lo actuado en el marco de la acción que había promovido una asociación civil, con el pretendido objeto de que se declare la legitimidad del decreto 577/02, regulatorio de la moneda de pago de las tasas aeronáuticas vigentes.

En dicho precedente se expresó que la circunstancia de que el fundamento último de la demanda radicase en la solicitud y otorgamiento de distintas medidas judiciales de carácter precautorio, tornaba más ostensible la clara falta de acción de la actora, pues la tutela anticipada que contempla el código procesal no podía instarse con el único objeto de detener o entorpecer resoluciones adoptadas por otros tribunales de justicia (Fallos: 319:1325, entre otros). Lo contrario importaría admitir, en palabras del Tribunal, no sólo un flagrante menoscabo de las atribuciones que tiene la magistratura para ejercer su ministerio, de acuerdo con las normas adjetivas establecidas al efecto, sino una injustificada violación o restricción de derechos individuales constitucionalmente reconocidos. En el caso, el ejercicio del denominado “derecho a la jurisdicción” que, por principio, le corresponde a toda persona (Fallos: 199:617; 305:2150; 319:2925, entre muchos otros).

12) Que, en tales condiciones, se advierte que el señor juez del juzgado federal de Mendoza, al sustanciar el amparo y decretar medidas cautelares, ha realizado una creación *ex nihilo* del título para fundar su competencia e irrumpir en la ajena, desconociendo el sabio principio sentado por esta Corte en el precedente de Fallos: 12:134 como guía insoslayable para prevenir a los magistrados del ejercicio arbitrario del poder deferido: “El Poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser

jamás el poder invasor, el poder peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías que tiene por misión hacer efectivas y amparar”.

13) Que ante la ostensible ausencia de jurisdicción de uno de los tribunales intervinientes, es necesario tomar las medidas necesarias para dismantelar toda posible consecuencia que pretenda derivarse de esas actuaciones judiciales deformadas (Fallos: 318:2664; 322:2247; 326:2298; 327:3515; causas Competencia N° 905.XLVI “Piedrabuena, Pedro Ignacio y otros s/ plantea cuestión”; A.281.XLVII “Acumar s/ urbanización de villas y asentamientos precarios, legajo de actuaciones ocupación del predio sito en las calles Lafuente, Portela y Castañares, Villa Soldati, CABA s/ actuaciones elevadas por el Juzgado Federal de Quilmes”; Competencia N° 783.XLVIII “Pro Familia Asociación Civil c/ GCBA y otros s/ impugnación actos administrativos”, sentencias del 31 de mayo, del 29 de noviembre de 2011 y 17 de septiembre de 2013, respectivamente.

En consecuencia, corresponde disponer la nulidad de todo lo actuado en el expediente “Supercanal S.A. c/ Cablevisión S.A. y otros s/ amparo” (n° 39.350/4), ordenando al Juzgado Federal n° 2 de Mendoza que proceda a su archivo, sin perjuicio de los derechos que, en su caso, pudieran corresponder a Supercanal S.A. en los términos de los arts. 26 y 51 de la ley 25.156, de concurrir los extremos previstos por dichos preceptos (arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se declara la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado Federal n° 2 de Mendoza en la causa “Supercanal S.A. c/ Cablevisión S.A. y otros s/ amparo”. Agréguese copia del presente al mencionado expediente. Devuélvase a los tribunales de origen a fin de que procedan conforme a lo resuelto.

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

ORPIANESI, MARTIN MIGUEL c/ EN Mº JUSTICIA SSI
GN DISP 162/99 335/99 s/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS
FFAA Y DE SEG

FUERZAS ARMADAS

Cabe revocar por arbitraria la sentencia que rechazó la demanda interpuesta por el actor con el objeto de que se le abone una suma de dinero en concepto de compensaciones por “gastos de instalación y traslado” y la asignación denominada “viáticos diarios en el exterior”, pues el a quo sólo tenía jurisdicción para conocer respecto de los agravios relativos a la cuestión de fondo que fue objeto de debate y decisión en la instancia anterior; puesto que en la contestación de la demanda ni en la sentencia de primera instancia se ha invocado ni tratado lo relativo a la falta de impugnación del acto administrativo denegatorio del reclamo del actor -disposición 1002/07 del Director Nacional de Gendarmería- en cuanto recaudo propio del proceso contencioso administrativo, por lo cual, al fundar la cámara su decisión en esta circunstancia en la inteligencia de que se trata de establecer y verificar la concurrencia de un requisito de naturaleza sustancial que concierne a la impugnación del acto administrativo, prescindió de aquellos límites y revocó la sentencia sin hacerse cargo de los argumentos que resultaban conducentes para la solución del litigio.

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

FUERZAS ARMADAS

Cabe revocar por arbitraria la sentencia que rechazó la demanda interpuesta por el actor con el objeto de que se le abone una suma de dinero en concepto de compensaciones por “gastos de instalación y traslado” y la asignación denominada “viáticos diarios en el exterior”, pues incurre en exceso de jurisdicción al haberse pronunciado con respecto a los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa cuando ello no ha sido planteado por la demandada en la oportunidad procesal oportuna, ni ha sido examinado in limine litis por el magistrado de la instancia anterior y, en consecuencia, al no integrar el debate la falta de impugnación del acto administrativo que denegó el reclamo del actor, la decisión que se apoya en este fundamento traduce una grave afectación a la garantía de debido proceso.

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

FUERZAS ARMADAS

Cabe revocar por arbitraria la sentencia que rechazó la demanda interpuesta por el actor con el objeto de que se le abone una suma de dinero en concepto de compensaciones por “gastos de instalación y traslado” y la asignación denominada “viáticos diarios en el exterior”, pues asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que el “requisito de impugnación del acto administrativo exigido por los Juzgadores no resulta aplicable al actor”, ya que conforme lo resuelto en la causa “Daus” (Fallos: 329:2886) los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa previstos en la ley 19.549 no son aplicables en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad, ni de oficio, ni a pedido de parte, por lo que, más allá de la oportunidad procesal, la cámara no debió exigir el cumplimiento de los recaudos contemplados en dicho título, sino decidir el fondo de la cuestión planteada por el actor.

-Voto de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 171/173, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la demanda interpuesta por el actor con el objeto de que se le abone una suma de dinero en concepto de compensaciones por “gastos de instalación y traslado” y la asignación denominada “viáticos diarios en el exterior”.

Para así decidir, el tribunal consideró que el actor no había impugnado el acto administrativo denegatorio de su reclamo, esto es la disposición 1002/07, sino que persigue el abono de los mencionados conceptos durante el lapso que duró su misión en el exterior. Al respecto, señaló que la exclusión que prevén los arts. 1° y 2° de la ley 19.549 se circunscribe a las normas referidas a los procedimientos administrativos y no a las disposiciones que regulan aspectos propios del proceso contencioso administrativo.

- II -

Disconforme con este pronunciamiento, el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 178/188, que fue concedido en cuanto a la

cuestión federal planteada y denegado por la causal de arbitrariedad (fs. 215), aspecto que fue invocado en la queja que tramita en el expediente O. 86, L. XLVII.

En lo sustancial, aduce que la sentencia es arbitraria puesto que no realiza una apreciación completa de las circunstancias acreditadas en la causa y porque se funda en un argumento que no ha sido invocado por la demandada, violando así los principios de preclusión, congruencia y la garantía de debido proceso. Asimismo, señala que efectúa una interpretación restrictiva de la doctrina sentada por el Alto Tribunal de los casos “Tajes” y “Daus”, pues exige el requisito previsto por el art. 12 de la ley 19.549 pese a que dicho ordenamiento no resulta aplicable al caso por tratarse de un integrante de las fuerzas de seguridad.

Por otra parte, sostiene que la disposición 1002/07 del Director Nacional de Gendarmería -que deniega el reclamo con sustento en la falta de decreto o resolución ministerial que convalide los traslados al exterior- es nula y se aparta de elementales principios del derecho, pues se le obliga al cumplimiento de un hecho incierto y de imposible alcance que no le resulta oponible.

- III -

Según V.E. tiene reiteradamente dicho, 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, en principio, deviene insustancial el tratamiento de los demás argumentos, ya que no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 318:189; 322:904; 323:2504; 325:878; 327:4227, entre otros). En esas condiciones, al haber interpuesto el actor la correspondiente queja ante la denegación de los agravios fundados en la arbitrariedad de la sentencia (v. expediente O. 86, L. XLVII), estimo que elementales razones de orden aconsejan su examen en el sub lite, pues el resultado al que se arribe con relación a ellos incidirá indefectiblemente en las cuestiones federales planteadas.

A mi modo de ver, la doctrina invocada constituye sustento suficiente para habilitar la vía intentada, toda vez que, conforme a lo resuelto reiteradamente por el Tribunal, resultan susceptibles de descalificación las sentencias de los tribunales que exceden su jurisdicción expidiéndose sobre cuestiones que no fueron propuestas en debida forma y afectando, de ese modo, las garantías constitucionales de la defensa en juicio y de propiedad (Fallos: 325:2803).

En efecto, el a quo sólo tenía jurisdicción para conocer respecto

de los agravios relativos a la cuestión de fondo que fue objeto de debate y decisión en la instancia anterior, puesto que en la contestación de la demanda (v. fs. 51/58) ni en la sentencia de primera instancia (fs. 129/130) se ha invocado ni tratado lo relativo a la falta de impugnación del acto administrativo denegatorio del reclamo del actor -disposición 1002/07 del Director Nacional de Gendarmería- en cuanto recaudo propio del proceso contencioso administrativo. De este modo, al fundar la cámara su decisión en esta circunstancia en la inteligencia de que se trata de establecer y verificar la concurrencia de un requisito de naturaleza sustancial que concierne a la impugnación del acto administrativo, prescindió de aquellos límites y revocó la sentencia sin hacerse cargo de los argumentos que resultaban conducentes para la solución del litigio.

Sobre la base de lo expuesto, entiendo que lo resuelto por el tribunal de alzada incurre en exceso de jurisdicción, pues se pronunció con respecto a los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa cuando ello no ha sido planteado por la demandada en la oportunidad procesal oportuna, ni ha sido examinado in limine litis por el magistrado de la instancia anterior. En consecuencia, al no integrar el debate la falta de impugnación del acto administrativo que denegó el reclamo del actor, la decisión que se apoya en este fundamento traduce una grave afectación a la garantía de debido proceso (v. doctrina de Fallos: 329:2158).

- IV -

Opino, por tanto, que corresponde declarar la procedencia del recurso extraordinario interpuesto, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que se dicte una nueva conforme a derecho. Buenos Aires, 18 de mayo de 2012. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2014.

Vistos los autos: “Orpianesi, Martín Miguel c/ EN – M° Justicia SSI – GN disp. 162/99 335/99 s/ Personal Militar y Civil de la FFAA y de Seg.”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones de lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a efectos de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — 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 Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar el pronunciamiento de primera instancia que tuvo por habilitada la instancia administrativa, rechazó la demanda promovida por el actor con el objeto de que se le abonaran los “Viáticos en el Exterior” y los “Gastos de traslado” establecidos en el art. 2430, inc. 4º apartados A y B de la Reglamentación del Título II (Personal en Actividad), Capítulo IV (Haberes) de la Ley para el Personal Militar, 19.101.

2º) Que, para así decidir, la cámara entendió que la doctrina establecida en el precedente de este Tribunal “Tajes” (Fallos: 322:551) en orden a que el art. 1º de la ley 19.549 exceptúa de manera expresa la aplicación de sus disposiciones al procedimiento administrativo ante los organismos militares, de defensa y seguridad fue dictada en ocasión de emitirse un pronunciamiento sobre un planteo atinente a la

habilitación de la instancia judicial y ceñida a la cuestión relativa al art. 25 de dicha norma, “pero en modo alguno [dicha doctrina] puede ser extendida (...) a aquellas cuestiones que rigen el procedimiento contencioso administrativo...” (fs. 173). Con fundamento en esta premisa, el a quo concluyó —de oficio— que el actor no había “impugnado el acto administrativo denegatorio (Disposición n° 1002/07)” (fs. 172 vta.) y, en consecuencia, rechazó la demanda.

3°) Que contra dicho pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario (fs. 177/188) que fue correctamente concedido (fs. 215/215 vta.) en tanto se encuentra en juego la interpretación y alcance de una norma de carácter federal (19.549).

4°) Que a fs. 223/224 obra el dictamen de la señora Procuradora Fiscal en el que sugiere revocar la sentencia recurrida con fundamento en que el a quo sólo tenía jurisdicción para conocer respecto de los agravios relativos al fondo de la cuestión, puesto que ni en la contestación de la demanda ni en la sentencia de primera instancia se ha invocado ni tratado lo relativo a la falta de impugnación del acto administrativo denegatorio del reclamo del actor como recaudo propio del proceso contencioso administrativo (fs. 223 vta.).

5°) Que asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que el “requisito de impugnación del acto administrativo exigido por los Juzgadores no resulta aplicable al actor” (fs. 185). Al respecto, cabe señalar que conforme lo resuelto en la causa “Daus” (Fallos: 329:2886) a cuyos fundamentos cabe remitirse por razón de brevedad, los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa previstos en la ley 19.549 no son aplicables en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad, ni de oficio, ni a pedido de parte. De aquí se sigue que, más allá de la oportunidad procesal, la cámara no debió exigir el cumplimiento de los recaudos contemplados en dicho título, sino decidir el fondo de la cuestión planteada por el actor.

6°) Que, en atención a lo expresado precedentemente, resulta innecesario que esta Corte se pronuncie en el recurso de hecho O.86.XLVII.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I) Declarar inoficioso el pronunciamiento del Tribunal en el recurso de hecho O.86.XLVII y ordenar su archivo. II) Declarar procedente el recurso

extraordinario y revocar la sentencia recurrida. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

Recurso extraordinario y de hecho interpuestos por **Martín Miguel Orpianesi, actor en autos**, representado por el Dr. **Juan Horacio Igoillo, en calidad de apoderado.**

Traslado del recurso extraordinario contestado por el **Estado Nacional, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, demandado en autos**, representado por el Dr. **Facundo Garay, en calidad de apoderado.**

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 6.**

MARZO

AGUAS ARGENTINAS S.A. (TF 22.765-I) c/ D.G.I.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Si la reconexión del servicio de provisión de agua potable y desagüe cloacales se produjo con posterioridad al ejercicio fiscal en que tuvo lugar el corte de aquél, el crédito en el impuesto a las ganancias fue correctamente considerado como incobrable en el período en que se había efectuado el corte, dado que la interrupción del servicio que el art. 52 del decreto 999/92 autoriza efectuar al concesionario por atrasos en el pago de por lo menos tres períodos, previo aviso e intimación fehaciente de pago, constituye un índice de incobrabilidad de los respectivos créditos según lo previsto por el art. 136 del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias (art. 142 en el texto del decreto 2353/86 y sus modif.), por lo que la facturación de gastos por la reapertura del servicio supone que la deuda ha sido cancelada, aunque en tal caso los efectos del mencionado índice de incobrabilidad sólo podrían verse neutralizados en la medida en que la cancelación de la deuda hubiera tenido lugar en el mismo período fiscal en que aquél se configuró.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Aguas Argentinas S.A. (TF 22.765 – I) c/ DGI”.

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 618/621 y 649), confirmó parcialmente la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación (fs. 430/438), excepto en cuanto a los deudores a los que se les efectuó el corte del servicio y no les fue reconectado, respecto de los cuales admitió la de-

ducción de los respectivos créditos en el impuesto a las ganancias de la actora. La aludida sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación —en lo que guarda relación con los agravios planteados ante esta instancia— confirmó parcialmente la resolución de la AFIP del 22 de diciembre de 2003, por la que se determinó de oficio la obligación tributaria de Aguas Argentinas S.A. en el impuesto a las ganancias correspondiente a los períodos fiscales 1997 y 1998, se liquidaron intereses resarcitorios y se aplicó una multa equivalente al 70% del impuesto presuntamente omitido (art. 45 de la ley 11.683, t.o. en 1998 y modificaciones).

En la mencionada resolución, el organismo recaudador impugnó las deducciones que había realizado la actora en concepto de “malos créditos” por considerar que su incobrabilidad no se encontraba debidamente acreditada. La discusión comprende dos grupos de créditos: a) los que se encontraban en estado de gestión extrajudicial de cobro; y, b) los correspondientes a clientes a los que se les cortó el servicio por falta de pago.

2º) Que para resolver del modo indicado, y con relación al primer grupo de créditos, la cámara sostuvo que Aguas Argentinas S.A. no había rebatido el argumento del Tribunal Fiscal en cuanto juzgó que no se hallaba fehacientemente acreditada la incobrabilidad de los montos impugnados por cuanto la actora solo había acompañado tres actas de las que surgía la asignación de los casos involucrados a tres estudios jurídicos para que realizaran la respectiva gestión extrajudicial de cobro pero que no había aportado ningún elemento adicional que demostrara la efectiva realización de los actos tendientes a ese fin (confr. fs. 619 vta. in fine y 620).

Con respecto al segundo grupo de créditos, la alzada señaló que el corte del servicio importaba, en principio, la configuración de un índice de incobrabilidad previsto en los usos y costumbres del ramo a tenor de lo establecido en el art. 52 del decreto 999/92 —que fija el marco regulatorio para la concesión de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales— que justificaba la deducción de los respectivos créditos en los supuestos en los que el referido corte se mantuvo; es decir, sólo en los casos en que no se hubiesen facturado gastos de reapertura o reconexión. En este punto, el a quo juzgó que la reconexión hacía presumir la previa cancelación de la deuda por lo cual, en tal supuesto “no surge fehacientemente que la deuda se hubiese tornado incobrable” (confr. fs. 620 in fine).

3º) Que contra esa sentencia Aguas Argentinas S.A. dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 638/638 vta.) que fue bien concedido por el a quo (fs. 662), 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. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte. El memorial de agravios obra a fs. 673/681 y su contestación por la AFIP a fs. 686/695.

4º) Que los agravios dirigidos contra la sentencia, en cuanto consideró —del mismo modo que el Tribunal Fiscal— que resultaba insuficiente la prueba reunida en autos para justificar la deducción de los créditos en estado extrajudicial de cobro, no pueden prosperar, toda vez que la apelante no ha logrado refutar la afirmación relativa a que las listas de usuarios asignados a estudios jurídicos —obrantes en las actuaciones administrativas— no se encuentran respaldadas por otras pruebas que acrediten que se hayan llevado a cabo las aludidas gestiones de cobro ni el resultado obtenido en consecuencia (confr. memorial de agravios, pto. 5.3., fs. 679/680 vta). Resulta igualmente inatendible el agravio respecto del rechazo de la prueba testifical por parte del Tribunal Fiscal —y las consecuencias atribuidas a ello— toda vez que no se ha rebatido ante esta instancia el argumento expuesto en la sentencia apelada, que desestimó idéntico planteo sobre la base de señalar que la mencionada alegación resultaba contradictoria con la conducta de la actora, en cuanto había consentido la oposición del Fisco Nacional a esa prueba y a la pericial contable (confr. sentencia de cámara, considerando IX, fs. 620, 2º párr.; confr. memorial de agravios, idem).

5º) Que, en cambio, asiste razón a la recurrente en cuanto aduce que si la reconexión del servicio se produjo con posterioridad al ejercicio fiscal en que tuvo lugar el corte de aquél, el crédito fue correctamente considerado como incobrable en el periodo en que se había efectuado el corte.

En efecto, es indudable que el corte del servicio —que el art. 52 del decreto 999/92 autoriza efectuar al concesionario por atrasos en el pago de por lo menos tres períodos, previo aviso e intimación fehaciente de pago— constituye un índice de incobrabilidad de los respectivos créditos según lo previsto por el art. 136 del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias (art. 142 en el texto del decreto 2353/86 y sus

modif.). También es cierto —como lo ponderó el a quo— que la facturación de gastos por la reapertura del servicio supone que la deuda ha sido cancelada. Sin embargo, en ese caso, los efectos del mencionado índice de incobrabilidad sólo podrían verse neutralizados en la medida en que la cancelación de la deuda hubiera tenido lugar en el mismo período fiscal en que aquel se configuró. Ello es así pues si la deuda se cancela con posterioridad, el crédito no habría dejado de ser correctamente considerado como incobrable al momento en que expiró el período fiscal en que se produjo el corte del servicio. Ello sin perjuicio de que al modificarse ulteriormente la situación del crédito, éste deba ser computado como gravado en el período fiscal que corresponda de acuerdo con las normas del impuesto (conf. art. 18 de la ley 20.628 y sus modif. y disposiciones concordantes).

6°) Que, en consecuencia, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada de acuerdo con lo señalado en el considerando que antecede, y admitir la deducción por incobrabilidad en los casos en que se facturaron los gastos de reapertura o reconexión del servicio en un período fiscal posterior al período en que se verificó el corte de aquél.

7°) Que en cuanto a la multa y a los intereses corresponde que su monto sea calculado en forma proporcional a los conceptos por los cuales se confirma la determinación tributaria apelada, concordemente con el criterio que surge de la sentencia del Tribunal Fiscal (confr. fs. 438), que no fue impugnado ante la cámara ni ante este Tribunal.

Por ello, se revoca parcialmente la sentencia apelada de acuerdo con lo señalado en los considerandos 5° y 6° de este pronunciamiento, y se la confirma en lo demás. Las costas de esta instancia se distribuyen en el orden causado en atención a la complejidad de las cuestiones planteadas (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se practique una nueva liquidación de acuerdo con lo resuelto en la presente. Notifíquese y 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 de apelación interpuesto por **Aguas Argentinas S.A.**, representada por el Dr. **Gabriel Enrique Carbonel**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Alberto Tarsitano** y **María Inés Giménez**.

Traslado contestado por: **la Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva**, representada por la Dra. Silvia M. Leiva, con el patrocinio letrado del Dr. **Ignacio Markievich**.

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

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

**BUFETE INDUSTRIAL ARGENTINA S.A. c/ EN - AFIP - DGI
s/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA**

CREDITO FISCAL

Cabe confirmar la sentencia que admitió la demanda y dejó sin efecto la resolución AFIP que había denegado la solicitud de transferencia de un crédito fiscal proveniente del saldo de libre disponibilidad expresado en la declaración jurada del IVA, pues las circunstancias fácticas del caso no permiten advertir qué perjuicio, dificultad o impedimento le causa al Fisco Nacional la existencia de tales declaraciones juradas rectificativas, dado que el organismo recaudador, durante el lapso de más de cuatro años que medió entre la fecha en que se presentó la solicitud de la convalidación de la transferencia solicitada y la fecha de emisión del acto denegatorio que agotó la vía administrativa, pudo ejercer con plenitud sus facultades de fiscalización sobre el contribuyente que promovió las actuaciones y, en consecuencia, de estimarlo pertinente, en dicho plazo, pudo impugnar las declaraciones juradas de éste en los términos de los artículos 16, 17 y cctes. de la ley 11.683 -cosa que no hizo- y de esta forma iniciar un procedimiento determinativo de oficio.

CREDITO FISCAL

La limitación establecida en el inc. a del artículo 1° de la resolución general (AFIP) 1466, en cuanto excluye de la posibilidad de la transferencia de créditos fiscales de saldos de IVA aquellos casos en que el contribuyente haya presentado declaraciones juradas rectificativas, agrega una condición que no está prevista en la ley, y que por lo tanto no puede impedir el ejercicio del derecho que el ordenamiento legal confiere al contribuyente, según la doctrina que surge del precedente de Fallos: 324:1848 (“FM Comercial”), en el cual se sostuvo que el propósito del

cuarto párrafo del art. 36 de la ley de procedimiento tributario radica en colocar a las disposiciones reglamentarias al abrigo de eventuales impugnaciones de quienes convengan las transferencias, sin que surja de ella que la ausencia de tales normas obste a la realización de esas operaciones o las prive de su eficacia, siempre que no medien impedimentos legales de otra índole.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 203/206 vta. de los autos principales (a los que se referirán las siguientes citas), la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda contenciosa incoada por Bufete Industrial Argentina S.A., en los términos del art. 23 de la ley 19.549, contra la resolución 86/07 (DIRCEN) de la AFIP del 21 de marzo del 2007.

Cabe recordar aquí que, mediante dicho acto administrativo, el Fisco Nacional había denegado la transferencia de un crédito fiscal de \$ 59.946,87, proveniente del saldo de libre disponibilidad expresado en la declaración jurada del IVA del período febrero del 2003, realizada a favor de Cabaña Avícola Jorju SACIF y Agrop.

Para así resolver, indicó que de la compulsa de las actuaciones administrativas se desprendía que la actora había solicitado el 18 de marzo de 2003 la transferencia de su crédito fiscal por saldo de IVA, de acuerdo con los arts. 24, segundo párrafo, de la ley del gravamen, 29 de la ley 11.683 (t.o. en 1998), y con la resolución general 2.948 (DGI) entonces vigente. Agregó que el fundamento de la negativa del Fisco fue la existencia de declaraciones juradas rectificativas en el IVA, por los períodos 2, 3 y 5 del 2000, por lo que no se cumplía con lo dispuesto por el inc. a), del art. 1º de la RG 1.466 (AFIP).

Destacó que una interpretación armónica del ordenamiento jurídico deja ver que la condición reglamentaria aludida no está prevista en las leyes aplicables. Por otra parte, añadió que tampoco resulta razonable la limitación, toda vez que el mismo reglamento permite la transferencia de créditos fiscales resultantes tras una determinación de oficio, lo que importa agravar injustificadamente la posición

de aquellos contribuyentes que voluntaria y espontáneamente rectificaron su declaración primitiva, sin que haya sido cuestionada esta conducta por el Fisco.

Expresó que la perspectiva que brinda el principio de la realidad económica, contemplado en el art. 2º de la ley de rito fiscal, conduce a un resultado similar, toda vez que las rectificaciones en cuestión fueron debidas -en su mayor parte- a la omisión de haber computado en su oportunidad retenciones y percepciones que le fueron efectuadas durante el período respectivo, pero cuyo comprobante fue emitido por los agentes con posterioridad. Agregó que el monto del crédito fiscal en tratamiento surge de la declaración jurada de abril del 2001, y que fue trasladado sin modificaciones hasta febrero del 2003, momento en el cual se realizó la transferencia en crisis.

- II -

Disconforme con lo resuelto, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario que obra a fs. 212/229.

El primero de sus agravios se centra en que, a su criterio, el *a quo* no ha respetado lo dispuesto por el art. 1º de la citada RG 1.466, en cuanto a que la presentación de declaraciones juradas rectificativas -salvo las que sólo se refieran a meros errores de cálculo- obsta a la autorización para la transferencia del crédito fiscal. En ese orden de ideas, agrega que le causa gravamen que se haya considerado que el acto impugnado carece de sustento.

Por otra parte, indica que la mención realizada al art. 119 de la ley 11.683 no resulta atinada, debido a que tal norma regula una situación de hecho diferente a la aquí planteada, por lo que la decisión se ve teñida de arbitrariedad al no ser la derivación razonada del derecho vigente y aplicable a los hechos comprobados de la causa.

- III -

Considero que el remedio extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal (arts. 24 de la ley del IVA y 29 de la ley 11.683; y art. 1º de la RG 1.466) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la parte recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48).

Además, estimo que corresponde examinar en forma conjunta las impugnaciones traídas a conocimiento del Tribunal, ya que las referi-

das a la alegada arbitrariedad en que habría incurrido el a quo y las atinentes a la interpretación de la cuestión federal son dos aspectos que guardan entre sí estrecha conexidad (conf. doctrina de Fallos: 321:2764; 323:1625, entre otros).

Debo puntualizar también que al versar la causa sobre la inteligencia de normas federales, V.E. no se encuentra limitada por los argumentos del tribunal apelado o de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457; 310:2200; 314:529 y 1834; 316:2624; 320:1915, entre otros).

- IV -

Tengo para mí que, para el correcto encuadramiento de la discusión en esta instancia excepcional, resulta indispensable poner de relieve que se hallan fuera de debate los siguientes extremos:

1. Que el saldo de que se trata es de los denominados “de libre disponibilidad” (art. 24, 2º párrafo, de la ley del IVA).

2. Que el monto que el contribuyente intentó transferir constaba en su declaración jurada -original- del período 2/03, el que surgió de su declaración jurada -también original- del período 4/01 (ver fs. 116 vta. de la prueba pericial contable, la que no fue controvertida por las partes).

3. Que dicha solicitud fue denegada sola y exclusivamente con la invocación de la existencia de declaraciones juradas “rectificativas” en el IVA de los períodos 2 a 5 del 2000, al considerar el Fisco que ello involucraba un apartamiento de lo normado por el art. 1º de la RG 1.466 (ver considerando 15 de la resolución 86/07 —DIRCEN— de la AFIP del 21 de marzo del 2007, obrante en copia a fs. 18/25; y reconocimiento del representante del Fisco Nacional al contestar la demanda, en especial a fs. 56).

4. Que el Fisco Nacional no puso en tela de juicio, en momento alguno, ni la “existencia” ni la “legitimidad” de tales créditos (confr. art. 29, 2º párrafo, ley de rito fiscal).

5. Que durante el lapso de más de cuatro años que media entre el 18 de marzo de 2003 (fecha en que se presentó la solicitud de convalidación de la transferencia realizada) y el 21 de marzo del 2007 (fecha de emisión del acto denegatorio que agotó la vía administrativa), la AFIP pudo ejercer con plenitud sus facultades de fiscalización sobre el contribuyente actor.

6. Que durante dicho plazo ninguna de las declaraciones juradas del tributo del contribuyente fue impugnada en los términos de los

arts. 16, 17 y cc. de la ley 11.683, ni consecuentemente objeto de un procedimiento determinativo de oficio.

Considero que a la luz de estas premisas que han de estudiarse los agravios de la demandada.

- V -

La transferencia de créditos fiscales de libre disponibilidad en el IVA se halla autorizada por el segundo párrafo del art. 24 de la ley del IVA (t.o. en 1997), en tanto establece que los saldos del impuesto allí contemplados, favorables al contribuyente, emergentes de ingresos directos “*podrán ser objeto de las compensaciones y acreditaciones previstas por los arts. 35 y 36 de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones), o, en su defecto, les será devuelto o se permitirá su transferencia a terceros responsables en los términos del segundo párrafo del citado art. 36*”.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 29 de la ley de rito fiscal (art. 36 en la numeración del t.o. en 1978), dispone que “*Cuando en virtud de disposiciones especiales que lo autoricen, los créditos tributarios puedan transferirse a favor de terceros responsables, su aplicación por parte de estos últimos a la cancelación de sus propias deudas tributarias, surtirá los efectos de pago sólo en la medida de la existencia y legitimidad de tales créditos*” (subrayado añadido).

Con relación a este último precepto, es necesario tener en cuenta que ha dicho V.E. en el precedente de Fallos: 324:1848 que si bien no es una genérica habilitación a disponer de ese modo de tales saldos, sí fija los principios básicos a los que habrán de sujetarse las transferencias en los casos en que otras leyes permitan efectuarlas, tal como ocurre con la ley 23.349, sin que el organismo fiscal pueda soslayar o convertir en letra muerta la disposición legal que establece esta opción para los contribuyentes (conf. cons. 6°).

Tomando en cuenta este marco legal y jurisprudencial, tengo para mí que la limitación establecida en el inc. a) del art. 1° de la RG 1.466 (AFIP) en cuanto excluye de la posibilidad de la transferencia de créditos fiscales de saldos de IVA aquellos casos en que el contribuyente haya presentado declaraciones juradas rectificativas agrega una condición que no está prevista en la ley, y que además luce desprovista de la necesaria razonabilidad que han de poseer todos los actos del Estado.

Ha dicho esa Corte que cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamenta-

da otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo (arg. Fallos: 322:1868; 326:928 y 3521; 327:4932, entre otros), como así que la conformidad que debe guardar un decreto respecto de la ley no consiste en una coincidencia textual entre ambas normas, sino de espíritu, y que, en general, reglamentos que se expidan para la mejor ejecución de las leyes, no deben vulnerar el principio establecido en el art. 99, inc. 2º, de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 151:5; 178:224, entre muchos otros).

En efecto -y más allá de que en el caso de autos la declaración jurada del periodo 2/03 no fue rectificadora, circunstancia que la colocaría a extramuros de la norma reglamentaria- no se alcanza a ver qué perjuicio, dificultad o impedimento se le causa al Fisco Nacional por el hecho de que la declaración jurada del contribuyente no sea la original, sino una posterior, modificando su posición, la que siempre -por imperativo legal- ha de ser favorable al Fisco (arg. art. 13, ley 11.683).

En la especie está fuera de debate que el ente recaudador, tras verificar la posición fiscal del contribuyente durante más de cuatro años y sin hallar motivo sustantivo alguno para desconocer la “existencia y legitimidad” del crédito fiscal de la actora -expresado sea de manera originaria o bien mediante declaraciones rectificativas-, se limitó a denegar la transferencia con la mera invocación de fútiles razones formales que no surgen de la ley, afectando así su derecho de propiedad al tratarse de un supuesto de ingreso en exceso de obligaciones tributarias.

Así las cosas, y como colofón, debe recordarse que el Fisco tiene tanto la obligación genérica de obrar de manera leal, franca y pública (arg. causa M.715, L.XLI, “Municipalidad de Concordia c/ Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. s/ ejecución fiscal”, del 26 de marzo de 2009), como así también el deber específico estatuido por el Congreso Nacional para, en circunstancias como las de autos, actuar “en forma simple y rápida” (arg. art. 29, primer párrafo, ley 11.683).

- VI -

En virtud de lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar al recurso de queja, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario de la demandada, y confirmar la sentencia apelada en cuanto pudo ser materia de éste. Buenos Aires, 6 de febrero de 2013.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Bufete Industrial Argentina S.A. c/ EN —AFIP— DGI s/ Dirección General Impositiva”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, admitió la demanda y dejó sin efecto la resolución 86/07 (DI RCEN) de la AFIP que había denegado la solicitud de transferencia de un crédito fiscal de \$ 59.946,87, proveniente del saldo de libre disponibilidad expresado en la declaración jurada del IVA del período febrero de 2003, realizada a favor de Cabaña Avícola Jorju SACIF y Agrop.

2°) Que en su sentencia, el tribunal de alzada señaló que de la compulsión de las actuaciones administrativas se desprende que la actora había solicitado el 18 de marzo de 2003 la transferencia de su crédito fiscal por saldo de IVA, de acuerdo con los artículos 24, segundo párrafo, de la ley del gravamen, 29 de la ley 11.683 y con la resolución general 2948 (DGI) entonces vigente, y que el fundamento de la negativa del Fisco Nacional radicó en la existencia de declaraciones juradas rectificativas en el IVA, por los períodos 2, 3, 5 del año 2000 que implicarían que no se habría cumplido con lo dispuesto por el inc. a, del artículo 1° de la resolución general (AFIP) 1466.

Al respecto, la cámara consideró que una interpretación armónica del ordenamiento jurídico deja ver que la condición reglamentaria aludida no está prevista en las leyes aplicables. Por otra parte, puso de relieve que esa limitación tampoco resulta razonable habida cuenta de que el mismo reglamento permite la transferencia de créditos fiscales resultantes tras una determinación de oficio, lo que importaría —a su criterio— agravar injustificadamente la posición de aquéllos contribuyentes que voluntaria y espontáneamente rectificaron su declaración primitiva, sin que haya sido cuestionada esta conducta por el Fisco.

Asimismo puntualizó que desde la perspectiva que brinda el principio de la realidad económica, contemplado en el artículo 2° de la ley 11.683, se llega a un resultado similar toda vez que las rectificaciones en cuestión fueron debidas —en su mayor parte— a la omisión de haber computado en su oportunidad retenciones y percepciones que le fueron efectuadas durante el período respectivo, pero cuyo comprobante fue emitido por los agentes con posterioridad. Sobre el particular, la sala agregó que el monto del crédito fiscal sobre el que versa la causa surge de la declaración jurada de abril de 2001 y que fue trasladado sin modificaciones hasta febrero de 2003, cuando se realizó la transferencia impugnada por la AFIP.

3°) Que contra tal sentencia, el Fisco Nacional interpuso recuso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

El organismo recaudador aduce, en síntesis, que el a quo no ha respetado lo dispuesto por el artículo 1° de la resolución general (AFIP) 1466. En efecto, asevera que la existencia de declaraciones juradas rectificativas —salvo las que sólo se refieran a meros errores de cálculo— obsta a la autorización de la transferencia del crédito fiscal. Por otra parte, afirma, entre otros argumentos, que la sentencia apelada efectúa una equivocada referencia al artículo 119 de la ley 11.683 para sustentar su decisión, pues dicha norma regula una situación de hecho diferente de la aquí planteada. Además, tacha de arbitrario a lo resuelto por el a quo.

4°) Que el recurso es formalmente admisible en tanto se encuentra en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal — como lo son el artículo 24 de la ley de IVA, 29 de la ley 11.683 y artículo 1° de la RG 1466— y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido adversa al derecho que el apelante funda en ellas (artículo 14, inc. 3°, ley 48). En cambio, corresponde desestimar los agravios fundados en la tacha de arbitrariedad, pues la decisión apelada no presenta deficiencias que permitan descalificarla en los términos de la referida doctrina.

5°) Que en primer lugar, cabe poner de relieve que no se encuentra discutido en las presentes actuaciones que el saldo de que se trata es de los denominados “de libre disponibilidad” (artículo 24, segundo párrafo, de la ley del IVA); que el monto que el contribuyente intentó transferir constaba en su declaración jurada —original— del período

2/02, el que surgió de su declaración jurada —también original— del período 4/01; que dicha solicitud fue denegada sola y exclusivamente con la invocación de declaraciones juradas “rectificativas” en el IVA de los períodos 2 a 5 del año 2000, por considerar la AFIP que tal circunstancia importaba un apartamiento de lo establecido por el artículo 1° de la citada resolución general 1466. Además, cabe destacar que el Fisco Nacional no puso en tela de juicio ni la “existencia” ni la “legitimidad” de tales créditos.

6°) Que el segundo párrafo del art. 24 de la ley de IVA (t.o. en 1997) autoriza la transferencia de créditos fiscales de libre disponibilidad en el IVA, en tanto establece que los saldos del impuesto allí contemplados, favorables al contribuyente, emergentes de ingresos directos “podrán ser objeto de las compensaciones y acreditaciones previstas en los artículos 35 y 36 de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones), o, en su defecto, les será devuelto o se permitirá su transferencia a terceros responsables en los términos del segundo párrafo del citado artículo 36”.

Por otra parte, el artículo 29 de la ley 11.683 (artículo 36 en el t.o. en 1978), dispone que “cuando en virtud de disposiciones especiales que lo autoricen, los créditos tributarios puedan transferirse a favor de terceros responsables, su aplicación por parte de estos últimos a la cancelación de sus propias deudas tributarias, surtirá los efectos de pago sólo en la medida de la existencia y legitimidad de tales créditos”.

7°) Que con respecto a la citada norma de la ley de procedimiento tributario, esta Corte ha establecido —en un precedente citado reiteradamente por la actora a lo largo del pleito en sustento de su derecho (conf. fs. 7 vta., 9/9 vta., 182, 231/231 vta. y 240 vta.)— que si bien no es una genérica habilitación a disponer de ese modo de tales saldos, sí fija los principios básicos a los que habrán de sujetarse las transferencias en los casos en que otras leyes permitan efectuarlas, tal como ocurre con la ley 23.349, sin que el organismo fiscal pueda soslayar o convertir en letra muerta la disposición legal que establece esta opción para los contribuyentes (causa “FM Comercial S.A. c/ D.G.I. s/ impug. acto adm.”, Fallos: 324:1848, considerando 6°).

8°) Que en ese contexto normativo, cabe concluir que la limitación establecida en el inc. a del artículo 1° de la resolución general (AFIP) 1466, en cuanto excluye de la posibilidad de la transferencia de créditos

fiscales de saldos de IVA aquellos casos en que el contribuyente haya presentado declaraciones juradas rectificativas, agrega una condición que no está prevista en la ley, y que por lo tanto no puede impedir el ejercicio del derecho que el ordenamiento legal confiere al contribuyente, según la doctrina que surge del citado precedente de Fallos: 324:1848.

9°) Que ello es así máxime cuando las circunstancias fácticas del caso no permiten advertir —tal como adecuadamente se señala en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal— qué perjuicio, dificultad o impedimento se le causa al Fisco Nacional por la existencia de las declaraciones juradas rectificativas antes mencionadas (confr. considerando 5° de la presente). En efecto, en el caso sub examine, el organismo recaudador, durante el lapso de más de cuatro años que media entre el 18 de marzo de 2003 —fecha en que se presentó la solicitud de la convalidación de la transferencia solicitada— y el 21 de marzo de 2007 —fecha de emisión del acto denegatorio que agotó la vía administrativa— pudo ejercer con plenitud sus facultades de fiscalización sobre el contribuyente que promovió estas actuaciones y, en consecuencia, de estimarlo pertinente, en dicho plazo, pudo impugnar las declaraciones juradas de éste en los términos de los artículos 16, 17 y cctes. de la ley 11.683 —cosa que no hizo— y de esta forma iniciar un procedimiento determinativo de oficio.

10) Que en virtud de las conclusiones expuestas, resultaría inoficioso el examen de los demás agravios expresados por la recurrente, pues no podrían variar la decisión del pleito.

Por lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada en cuanto pudo ser materia de éste. Con costas. Notifíquese, agréguese la presentación directa a los autos principales, reintégrese el depósito de fs. 60 y, oportunamente, devuélvase.

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

Recurso de hecho interpuesto por la **AFIP-DGI**, representada por el Dr. **Raúl Martínez Pita**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Enrique Carlos Carballo y Sergio Cerdán**.
Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2.**

CLAREN CORPORATION c/ EN ARTS. 517/518 CPCC EXEQUATUR
S/ VARIOS

EXEQUATUR

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda tendiente a obtener el exequatur de una sentencia dictada por un juez de Estados Unidos y que condenó a la República Argentina a pagar a la sociedad actora una suma de dinero en concepto de capital e intereses vencidos de los títulos Bonos Externos Globales 1997/2017, ya que dicho exequatur no satisface el requisito previsto en el inc. 4 del art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en tanto admitir la pretensión implicaría convalidar que el accionante, a través de una acción individual promovida ante un tribunal extranjero, eluda el proceso de reestructuración de la deuda pública dispuesto por el Estado Argentino mediante las normas de emergencia dictadas por las autoridades competentes de acuerdo con lo establecido por la Constitución Nacional.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el fallo de primera instancia que, a su turno, había rechazado la demanda promovida por Claren Corporation con el objeto de obtener el exequátur de una sentencia mediante la cual, el 12 de diciembre de 2007, un juez del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos, condenó al Estado argentino a pagar a la sociedad actora la suma total de U\$S 7.507.089, correspondientes al capital, intereses e intereses sobre los intereses impagos de los Bonos Externos Globales 1997-2017 de los que es titular (fs. 330-342).

La Cámara sostuvo que la ejecución de la sentencia extranjera es incompatible con el carácter imperativo e indisponible de las normas federales que, con posterioridad a la suscripción de los títulos invocados por la actora, declararon la emergencia pública y adecuaron las condiciones del servicio de la deuda soberana a las posibilidades de pago del Estado Nacional en el mediano y largo plazo (cf., entre ellas, las leyes 25.561 y 25.565; y los decretos 1735/2004 y 563/2010). Asimismo, postuló que esas medidas son consistentes con principios del derecho de gentes universalmente aceptados que, en situaciones de necesidad financiera impostergable, reconocen a los Estados la posibilidad de exceptuarse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

En definitiva, pues, el Tribunal concluyó que el fallo del juez neoyorkino no satisface el requisito del art. 517, inciso 4, del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, que exige que la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se pretende “no afecte los principios de orden público del derecho argentino”.

Contra esa decisión, Claren Corporation interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 345) y recurso extraordinario federal (fs. 348-367). El a quo concedió el primero y, al ser éste comprensivo de la jurisdicción plena de la Corte, suspendió el trámite del segundo (fs. 387).

- II -

En su expresión de agravios (fs. 393-415), la recurrente diferencia el reconocimiento de la fuerza ejecutoria del fallo extranjero, por un lado, de su eventual ejecución, por el otro, y enfatiza que es sólo lo primero aquello que pretende en este proceso. Arguye que en todo caso sería la ejecución efectiva de la sentencia la que afecte el orden público argentino, por lo que no hay razón para evaluar esa posible afectación en el proceso actual, en el que sólo estaría en juego el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de la sentencia del juez neoyorquino.

Por otra parte, sostiene que las normas que declararon el estado de emergencia pública y dispusieron la reestructuración de la deuda no son aplicables al cobro de los Bonos Externos Globales 1997-2017 de los que es titular en virtud de que, al emitirlos, la República Argentina renunció expresamente a la inmunidad de jurisdicción, sujetando el trámite de la ejecución exclusivamente a las leyes de los Estados Unidos. Postula que las normas que rigen la cancelación de las obligaciones financieras que el Estado mantiene con Claren Corporation ya fueron materia de discusión ante el juez neoyorkino por lo cual el

fallo extranjero goza de la autoridad de la cosa juzgada y no puede ser revisado por los tribunales nacionales.

Finalmente, niega que el fallo extranjero cuyo reconocimiento persigue afecte un principio de orden público. Aduce, en tal sentido, que “[la] simple constatación de que los tres jueces (el de primera instancia y los dos camaristas) que consideran que se han afectado dichos principios difieren en su identificación es demostrativa de que los supuestamente afectados no son ‘principios de orden público del derecho argentino’, sino criterios personales” (fs. 403). De esta manera, concluye que en el presente caso se encuentran satisfechos todos los requisitos enumerados por el art. 517 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación para que se reconozca fuerza ejecutoria en el país a la sentencia extranjera que la benefició.

- III -

En lo que respecta a la admisibilidad formal del recurso interpuesto, entiendo que corresponde declararlo procedente en los términos del art. 24, inciso 6, apartado “a”, del decreto-ley 1285/58 —según modificaciones de la ley 21.708 y concordantes— y la resolución 1360/91 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, la resolución contra la que se dirige el recurso constituye sentencia definitiva en tanto impide la continuación del trámite de exequátur promovido por Claren Corporation (cf. Fallos: 311:2063, entre muchos otros), y se encuentran satisfechos los restantes requisitos para la procedencia formal de la apelación ordinaria ante la Corte: el Estado nacional es, a través del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, parte en el proceso en el que se demanda el reconocimiento de una sentencia extranjera que lo condenó al pago de obligaciones financieras y, a su vez, el monto reclamado —U\$S 7.507.089— excede el mínimo exigido por la normativa aplicable.

Si bien no es deber de esta Procuración General dictaminar en recursos ordinarios como el planteado, he de expedirme en atención a la relevancia institucional de las cuestiones en debate.

- IV -

La controversia llevada a la consideración de la Corte está circunscripta a determinar si el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de la sentencia extranjera traída por Claren Corporation afecta los principios del orden público argentino en los términos del art. 517, inc.

4, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Esa decisión conmina al Estado Nacional a pagar a un acreedor títulos de deuda pública en las condiciones originales pactadas, desconociendo la ulterior reestructuración dispuesta por el Estado en el marco de un régimen de emergencia. Así, el meollo de la cuestión es si esa decisión del juez extranjero afecta atribuciones ejercidas por el Gobierno nacional que están fundadas en principios de orden público del derecho argentino.

- V -

El artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sujeta el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de una sentencia extranjera a que ésta “no afecte los principios de orden público del derecho argentino”.

Este control está previsto en una abrumadora cantidad de convenios bilaterales e internacionales suscriptos por nuestro país contiene provisiones similares (por ejemplo: los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; la Convención de Cooperación Judicial entre la República Argentina y la República de Francia; la Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil con la República de Italia; el Tratado de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa suscripto con la Federación de Rusia; el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa; y la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares; entre otros).

A su vez, la gran mayoría de las legislaciones internas de los países del mundo supedita el reconocimiento y la ejecución de decisiones foráneas a la condición de que no afecten su orden público o sus políticas públicas fundamentales (cf., por ejemplo, Gerhard Walter, y Samuel P. Baumgartner “General Report”, en *The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Convention*, Londres: Kluwer Law International, 2000).

De esa reseña surge que uno de los objetos centrales del procedimiento de exequátur —tal como está regulado en nuestro derecho, así como en los tratados internacionales y en el derecho comparado— es

que el juez nacional controle que la decisión extranjera no vulnere el orden público local. Ello no sólo muestra la legitimidad de ese control, sino también su oportunidad, que es cuestionada por el recurrente.

Por un lado, la aceptación de la prórroga de jurisdicción por parte del Estado nacional —cuya validez no ha sido controvertida aquí— no impide que el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de la sentencia foránea en nuestro país esté condicionado al debido resguardo del orden público local en los términos del inciso 4 del art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por otro lado, el control de la afectación de los principios de orden público se debe hacer en el marco del procedimiento de exequátur y no puede ser relegado a una ulterior ejecución de la sentencia extranjera. En efecto, las normas que regulan el procedimiento aplicable obligan a evaluar la posibilidad de esa afectación como condición previa al reconocimiento de fuerza ejecutoria -e incluso de cualquier otra forma de autoridad (cf. artículos 517 y 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y de hecho privan al proceso de ejecución de sentencias de toda posibilidad ulterior de decidir o revisar la cuestión (cf. arts. 518, último párrafo, y 506).

En este marco, paso a evaluar si en este caso la decisión del juez foráneo satisface el requisito del inciso 4 del artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

- VI -

La sentencia extranjera sobre la que versa este exequátur obliga al Estado nacional a pagar los títulos de deuda pública que posee la actora en las condiciones estipuladas originariamente. A través de dicha decisión el 12 de diciembre de 2007 el juez Thomas Griesa del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos, condenó al Estado Argentino a pagar la suma de U\$S 7.507.089 a favor de Claren Corporation en concepto de Bonos Externos Globales 2017 (Global Bonds 1997-2017). Esa suma comprende U\$S 4.000.000 en concepto de capital, U\$S 2.895.569 en concepto de intereses vencidos a la tasa contractual y U\$S 611.520 en concepto de intereses sobre los intereses impagos.

Estos títulos, sin embargo, están comprendidos en las medidas dispuestas por el Gobierno nacional a partir del año 2001 como consecuencia de la imposibilidad de afrontar el pago de los servicios de deuda pública en las condiciones pactadas y a los efectos de conjurar la que ha sido la crisis más grave de la historia contemporánea de nuestro país.

Esa crisis dejó al Estado nacional en situación de cesación de pagos y sin acceso al crédito, en medio de necesidades sociales acuciantes derivadas de niveles altísimos de pobreza e indigencia, inactividad productiva y desocupación, y con sus instituciones políticas y financieras colapsadas. La extensión y la profundidad de esa crisis han sido reiteradamente expuestas por la Corte y mis antecesores en la Procuración General de la Nación, especialmente en los pronunciamientos registrados en Fallos: 327:4495; 328:690; 329:5913 y 330:855.

El 24 de diciembre de 2001 el Estado reconoció formalmente su incapacidad de cumplir con los pagos en las condiciones pactadas. Días después, el Congreso de la Nación declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria en la ley 25.561 y encomendó al Poder Ejecutivo el establecimiento de condiciones “para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública”. Un mes más tarde, a través de la ley 25.565, instó al Poder Ejecutivo a iniciar las gestiones dirigidas a reestructurar esa deuda y ajustar sus servicios a la capacidad actual de pago del Gobierno nacional (cf. ley 25.565, art. 6).

El diferimiento de los servicios de la deuda pública del gobierno nacional fue efectivamente dispuesto por la resolución ME 73/02 hasta el 31 de diciembre de 2002 y después fue prorrogado en forma sucesiva entre 2003 y 2013 por la resolución ME 158/2003 y las leyes de presupuesto (cf. artículo 7 de la ley 25.725; art. 59 de la ley 25.827; artículo 46 de la ley 25.967; artículo 40 de la ley 26.078; artículo 56 de la ley 26.198; artículo 52 de la ley 26.337; artículo 52 de la ley 26.422; artículo 49 de la ley 26.546; artículo 48, de la ley 26.728; y artículo 39 de la ley 26.784).

Paralelamente, a través del decreto 1735/04 el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la reestructuración de la deuda soberana mediante una operación de canje de los títulos cuyo pago había sido diferido. Tal proceso comprendió a los títulos de la deuda pública suscriptos por el Estado con anterioridad a 2001, entre los que se encuentran los Bonos Externos Globales 1997-2017 que posee la actora. La propuesta unilateral efectuada por el Gobierno fue, en lo sustancial, única para todo el universo de tenedores de deuda pública en *default*. De este modo, el Gobierno buscó satisfacer sus créditos poniendo en pie de igualdad a todos los acreedores.

La ley 26.017 prohibió al Poder Ejecutivo Nacional reabrir el proceso de canje o efectuar cualquier tipo de transacción judicial, extrajudicial o privada, respecto de aquellos títulos que, habiendo sido elegibles para ingresar en el canje anterior, no fueron, sin embargo, presenta-

dos a tal fin -los así llamados *holdouts* en el lenguaje financiero-. Más tarde, en el marco la ley 26.547, el Poder Ejecutivo dispuso mediante el decreto 563/10 una segunda operación de canje nacional e internacional dirigida a ellos.

En total, ambas operaciones de canje lograron la adhesión de los acreedores por la casi totalidad de la deuda soberana en cesación de pagos (en números, más del 90%, según las cifras publicadas por el Ministerio de Economía; cf. www.mecon.gov.ar/finanzas/sfinan/documentos/informe_deuda_publica_30-06-10.pdf). Casi la totalidad de los acreedores consideró así que las nuevas condiciones de pago ofrecidas por el Estado nacional eran aceptables en el contexto de la situación de cesación de pagos, permitiendo de ese modo regularizar prácticamente toda la deuda instrumentada en títulos públicos anteriores a la crisis de 2001.

En suma, las medidas descriptas fueron adoptadas por el Estado nacional ante su imposibilidad de atender sus obligaciones financieras de acuerdo a las condiciones originalmente pactadas. Ese plexo normativo refleja que el Gobierno nacional se vio forzado a adecuar esas condiciones a su capacidad de pago real de modo tal de cumplir sus obligaciones financieras sin desatender las funciones prioritarias del Estado. A su vez, de las normas expuestas surge el propósito y la necesidad del gobierno de incentivar el sometimiento de todos los acreedores —nacionales y extranjeros— a una única solución colectiva frente al estado de insolvencia. En este sentido, no puede perderse de vista que el éxito de la regularización de la deuda pública depende, en gran medida, de que ésta comprenda a la universalidad de los acreedores.

Con respecto a la constitucionalidad de las normas citadas, que es cuestionada por el recurrente, corresponde remitirse a la solución propiciada por la Corte Suprema en el caso “Galli” (Fallos: 328:690). Como destacó V.E. en sentencias posteriores, una adecuada inteligencia del mencionado pronunciamiento permite afirmar que en esa causa el Tribunal no se limitó a resolver lo relativo a la modificación de la moneda de pago —dispuesta por el decreto 471/02 respecto de los bonos regidos por la legislación argentina— sino que estableció una doctrina de amplios alcances en lo concerniente a las facultades del Estado, respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas (Fallos: 333:855, entre otros).

- VII -

En este contexto, el exequátur pretendido por Claren Corporation, no satisface el requisito previsto en el inciso 4 del artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial en tanto que obstruye el ejercicio de atribuciones elementales por parte del Gobierno argentino, sin las cuales no podría ser considerado un Estado soberano.

La procedencia del exequátur implicaría convalidar que Claren Corporation eluda el proceso de reestructuración de deuda dispuesto por el Estado argentino a través de una acción individual entablada ante un juez neoyorquino. En efecto, esa acción fue promovida con fundamento en los términos originales del contrato y desconociendo las normas de emergencia, cuya validez no fue ni pudo haber sido debatida en esa jurisdicción.

Esa pretensión vulnera el orden público local en tanto que la reestructuración de la deuda pública ha sido dispuesta por el Estado nacional, en su carácter de soberano, para afrontar una situación crítica de emergencia social, económica, financiera y administrativa que ponía en juego su continuidad. Más específicamente, la sentencia traída por Claren Corporation interfiere con el ejercicio de la potestad del gobierno argentino de redefinir unilateralmente el conjunto de sus obligaciones en una situación de emergencia extrema, con el objetivo de asegurar su subsistencia y garantizar la provisión de los bienes públicos esenciales en el territorio de su jurisdicción.

La soberanía es un presupuesto esencial de la existencia del Estado (preámbulo y artículos 33 y 37, Constitución Nacional), por lo que no cabe duda de que son de orden público las atribuciones que se configuran como condición *sine qua non* de la vigencia de aquélla. La aplicación de esa consideración al caso indica que para que un Estado pueda considerarse soberano debe poder decidir por sí mismo cómo hacer frente a una situación crítica de emergencia que pone en juego su continuidad. Ello fundamenta el carácter de orden público de la atribución del gobierno local de redefinir unilateralmente el conjunto de sus obligaciones en una situación de emergencia extrema.

En otras palabras, la atribución del gobierno argentino de reestructurar su deuda ante una situación de emergencia extrema conforma el orden público local en tanto que, en definitiva, hace a la soberanía del Estado: son los órganos representativos del gobierno designado por la Constitución Nacional —y no un acreedor individual, o un tribunal extranjero— quienes tienen a su cargo la fijación de las políticas públicas y la distribución de los recursos necesarios para llevarlas adelan-

te y, por lo tanto, quienes deben arbitrar las medidas necesarias para afrontar una situación de emergencia.

De este modo, cabe descartar la tesis de la actora según la cual las modificaciones introducidas al servicio de la deuda documentada en los Bonos Externos Globales 1997-2017 habrían de ser tenidas por meros actos *jure gestionis*, esto es, simples actos de naturaleza comercial equivalente a la de los actos por los cuales se emitieron los bonos (cf. el argumento en ese sentido, fs. 401/402 vta.). Antes bien, el proceso de reestructuración articulado en las propuestas de canje de títulos debe ser calificado como un acto *jure imperii* un acto de gobierno realizado por un Estado soberano dentro del conjunto de políticas públicas que arbitró para garantizar su continuidad, recomponer las instituciones que habían colapsado, disparar y afianzar el crecimiento, recobrar el sistema financiero y el comercio exterior, y atender las necesidades fundamentales de una población desahuciada tras la crisis que hizo eclosión en diciembre de 2001.

- VIII -

De acuerdo a la doctrina adoptada por la Corte Suprema en el caso “Brunicardi” (Fallos: 319:2886) y, más recientemente, en la causa “Galli” (Fallos: 328:690), la atribución del Estado nacional para establecer medidas excepcionales razonablemente dirigidas a superar una situación de emergencia prevalece por sobre la pretensión de los tenedores de títulos de deuda pública de que sus créditos sean cumplidos en los términos en los que fueron suscriptos.

En “Brunicardi”, la Corte Suprema confirmó el rechazo de la acción iniciada por un acreedor contra el Estado nacional, quien pretendía cobrar los bonos nominativos en dólares estadounidenses —bonods— creados por el decreto 334/82 en las condiciones originales, y no de acuerdo a la reprogramación unilateral de vencimientos dispuesta por el decreto 772/86 y las resoluciones 450/86 y 65/87.

El Tribunal entendió que la modificación al régimen de pagos de los títulos de deuda constituyó un acto de soberanía, “pues fue un acto del Estado destinado a proteger las reservas en divisas extranjeras de la Nación ante razones de necesidad” (considerando 17). La Corte enfatizó la existencia de un principio de derecho de gentes “que permitiría excepcionar, al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de la deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable” (considerando 16).

En su dictamen, el entonces Procurador General repasó numerosos antecedentes que demuestran que, a lo largo de la primera mitad del siglo XX, se consolidó una “regla de conducta uniforme y reiterada de parte de los Estados (*opinio juris*)” de acuerdo con la cual está justificado el desconocimiento, repudio, anulación, suspensión o modificación del servicio de la deuda pública de un Estado si éste funda esas medidas “en razones de necesidad financiera o de interés público” (Dictamen del Procurador General de la Nación, sección VII, págs. 2895-2903).

Esta regla se funda, en lo sustancial, en que ningún Estado puede ser obligado al cumplimiento de sus deudas cuando éstas superan su capacidad de pago. Es una aplicación del principio según el cual “nadie puede hacer lo imposible”. En el caso de la insolvencia del Estado, esta regla implica que no puede obligarse a un gobierno a poner en riesgo la provisión de los servicios elementales o el cumplimiento de sus funciones prioritarias en aras de satisfacer sus créditos.

Creo ilustrativo transcribir aquí una de las referencias hechas en ese dictamen. Allí, recordaba el Procurador General que, ante la solicitud dirigida a los Estados por el Comité Preparatorio de la Sociedad de las Naciones para la Codificación de Derecho Internacional de La Haya, “el gobierno de Sudáfrica formuló la opinión siguiente: ‘Si a causa de circunstancias adversas que escapan a su control, un Estado se encuentra realmente en tal situación que no puede cumplir todos sus compromisos y obligaciones, está virtualmente en una situación de necesidad. Tendrá que establecer entonces una prelación entre sus obligaciones y atender primero a las que sean de más vital interés. Por ejemplo, no puede esperarse de un Estado que cierre sus escuelas y universidades y sus tribunales, que licencie a su policía y que descuide sus servicios públicos en tal medida que exponga al caos y la anarquía a su comunidad simplemente para disponer así del dinero para pagar a sus prestamistas, extranjeros o nacionales. Hay límites a lo que puede esperarse razonablemente de un Estado, del mismo modo que los hay para un individuo’ (conf. Documentos Oficiales de Naciones Unidas, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo segundo período de sesiones, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980, vol. II, 2ª parte, p. 35)” (íd., pág. 2897).

El entonces Procurador General concluyó que “En tales condiciones, el reclamo del recurrente en cuanto pretende el cobro de una deuda externa de modo unilateral —con el erróneo apoyo exclusivo en normas de derecho privado en un típico caso de derecho público— intenta sustraerse de los principios básicos del derecho y la práctica

internacionales, en virtud de los cuales la ejecución forzada es impracticable en atención a la naturaleza pública del ente prestatario y a que, en tales condiciones, el principio de la preservación de las obligaciones financieras internacionales tiene como límite la capacidad de pago del deudor respectivo y porque cuando el deudor de una obligación de esta naturaleza es el Estado, el acreedor no puede pretender que el incumplimiento quede sujeto de manera exclusiva a las normas de derecho privado” (id., sección IX, pág. 2911).

Más recientemente, en la causa “Galli”, la Corte Suprema consideró constitucional la pesificación de los títulos de deuda pública, sometidos a la ley argentina, dispuesta por el decreto 471/02. De este modo, el Tribunal dio preeminencia a la atribución del Estado nacional de reestructurar sus obligaciones financieras por sobre el derecho de propiedad esgrimido por el acreedor con fundamento en los términos originales del crédito.

En suma, el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de la sentencia invocada por Claren Corporation vulnera la doctrina emanada de los casos citados en tanto implicaría dar prioridad al derecho de propiedad esgrimido por un acreedor individual por sobre la potestad del Estado argentino de, en su carácter de soberano, redefinir unilateralmente el conjunto de sus obligaciones en una situación de emergencia extrema.

- IX -

En virtud de las particularidades que rodean a la insolvencia del Estado, la pretensión de Claren Corporation tiene graves implicancias que exceden la satisfacción de su crédito y que afectan la totalidad del proceso de reestructuración de deuda dispuesto por el Estado argentino. De este modo, el verdadero alcance de la afectación al orden público local sólo puede vislumbrarse si se consideran esas cuestiones.

Como ocurre con cualquier deudor que cae en insolvencia ante una pluralidad de acreedores, razones de justicia y de eficiencia imponen la adopción de un régimen colectivo en el que se adjudiquen centralizadamente todos los créditos. De otro modo, los acreedores, en aras de perseguir la satisfacción de su crédito individual, se encontrarían librados a una carrera de depredación que no sólo amenazaría las posibilidades de recuperación del deudor, sino que acabaría por perjudicar a los acreedores mismos, como clase (cf., por ejemplo, Thomas H. Jackson, “Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors’ Bargain”, *The Yale Law Journal*, vol. 91.5, 1982, págs. 857-907).

Estas consideraciones revelan la necesidad de que el estado de cesación de pagos sea superado a través de una solución colectiva, donde todos los acreedores concurren en condiciones de igualdad y donde todos los créditos sean adjudicados centralizadamente. Sin embargo, la existencia de una solución colectiva requiere precisamente que los acreedores no puedan sortearla a través de acciones individuales, como la promovida por Claren Corporation. De otro modo, los acreedores carecerían de incentivo para aceptar las quitas y esperas que implica la reestructuración global de una deuda con la esperanza de obtener, a través de la vía individual, el cumplimiento de su acreencia en las condiciones originales. Ello podría obstruir la regularización de la deuda pública y la recuperación del deudor, lo que comporta una situación indeseable para la totalidad de los acreedores -los que aceptaron el canje y los que no lo aceptaron- y, naturalmente, para los restantes intereses del Estado.

En suma, las características que rodean a la superación del estado de cesación de pagos muestran el verdadero alcance de la interferencia que implica el exequátur promovido por Claren Corporation en el ejercicio de la atribución del Estado de redefinir unilateralmente sus obligaciones en una situación de emergencia extrema.

Cuando es un Estado el que cae en insolvencia respecto de su deuda pública, los principios de soberanía más elementales exigen que sea el propio Estado quien tenga la atribución de centralizar la gestión colectiva del conjunto de obligaciones, para inhibir así la capacidad que de otro modo tendrían los acreedores de decidir, por la vía de ejecuciones forzadas de créditos individuales, la suerte de la provisión de los bienes públicos esenciales que son de su competencia exclusiva.

- X -

En conclusión, la sentencia extranjera traída por Claren Corporation no supera el estándar fijado en el artículo 517, inciso 4, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en tanto desconoce y obstruye las medidas de reestructuración de deuda pública dispuestas por el Estado nacional con base en un principio prioritario del derecho constitucional nacional. De acuerdo con ese principio elemental son los órganos representativos del gobierno designados por la Constitución Nacional -y no un acreedor individual, o un tribunal extranjero- quienes tienen a su cargo la fijación de las políticas públicas y la distribución de los recursos necesarios para llevarlas adelante y, por lo tanto,

quienes deben arbitrar las medidas necesarias para afrontar una situación de emergencia que pone en riesgo la subsistencia misma de la Nación como entidad económicamente sustentable.

Por ello, el exequátur no puede prosperar.

- XI -

Por todo lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia apelada, con costas. Buenos Aires, 5 de abril de 2013. *Alejandra Magdalena Gils Carbó*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Claren Corporation c/ E.N – arts. 517/518 CPCC exequátur s/ varios”.

Considerando:

1º) Que la actora promovió las presentes actuaciones a fin de obtener el exequátur de la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2007 por el juez Thomas Griesa del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, por la cual se condenó a la República Argentina a pagar a la sociedad actora la suma de U\$S 7.507.089 en concepto de capital e intereses vencidos de los títulos Bonos Externos Globales 1997/2017 de los que aquélla es titular.

2º) Que el juez de primera instancia rechazó la demanda (conf. fs. 195/199). Para así decidir, entendió que el proceso llevado a cabo en el Distrito de Nueva York, en el que se dictó la aludida sentencia, desconoció el principio de inmunidad soberana del Estado Argentino, lo cual, en su criterio, implica el incumplimiento del recaudo establecido por el inciso 4 del artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que requiere que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino.

3º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó el recurso de apelación de-

ducido por Claren Corporation y confirmó lo decidido en la anterior instancia (fs. 330/342). En lo sustancial, los jueces que conformaron la mayoría, consideraron que las sucesivas leyes que ordenaron el diferimiento del pago de los títulos de la deuda forman parte del orden público del derecho argentino y, por ello, en el caso en examen no se satisface el mencionado recaudo del artículo 517, inciso 4°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4°) Que contra tal pronunciamiento la actora dedujo —en lo que al caso interesa— recurso ordinario de apelación (fs. 345/345 vta.), que fue concedido a fs. 387/387 vta. El memorial de agravios obra a fs. 393/415 y su contestación por el Estado Nacional a fs. 418/433. El mencionado recurso es formalmente procedente pues ha sido deducido en una causa en la que la Nación reviste el carácter de parte y el monto debatido en último término supera el mínimo legal establecido por el art. 24, inc. 6°, apartado a, del decreto - ley 1285/58, según la ley 21.708 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

5°) Que si bien la ley 24.946 no prevé que la Procuración General de la Nación deba dictaminar en las causas que llegan a conocimiento y decisión de esta Corte por la vía del referido recurso ordinario, el Tribunal le confirió vista en las presentes actuaciones teniendo en consideración la índole de las cuestiones debatidas (conf. resolución del 7 de febrero de 2012). A fs. 435/445 obra el dictamen de la señora Procuradora General en el que se puso de relieve “la relevancia institucional de las cuestiones en debate” (fs. 438 in fine).

6°) Que el aludido dictamen señala que el artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sujeta el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de una sentencia extranjera a que ésta “no afecte los principios de orden público del derecho argentino”; y destaca que tal control está previsto en una abrumadora cantidad de convenios bilaterales e internacionales suscriptos por nuestro país, en concordancia con la gran mayoría de las legislaciones internas que supeditan el reconocimiento y la ejecución de las decisiones foráneas a la condición de que no afecten el orden público o las políticas públicas fundamentales de los respectivos países. Sobre esa base afirmó, con acierto, que la aceptación de la prórroga de jurisdicción por parte del Estado Nacional no impide que el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de la sentencia foránea en la República Argentina esté condicionado al debido resguardo del orden público local en los términos del inciso 4 del

citado artículo 517 que, como se vio, recibe un principio ampliamente aceptado en los tratados internacionales y en el derecho comparado.

Asimismo puntualizó que el referido control de la posible afectación de los principios de orden público debe hacerse en el procedimiento de exequátur, sin que pueda ser relegado a la ulterior ejecución de la sentencia extranjera. Al respecto el dictamen afirma que las normas que regulan el procedimiento aplicable obligan a evaluar la posibilidad de esa afectación como condición previa al reconocimiento de fuerza ejecutoria y privan al proceso de ejecución de sentencias de toda posibilidad ulterior de decidir o revisar esa cuestión.

Tal apreciación encuentra adecuado fundamento en las normas procesales allí citadas (arts. 517, 518 —último párrafo— y 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y es bastante para desestimar el argumento de la actora en cuanto postula que sOLO ante la pretensión de ejecutar efectivamente la sentencia del juez de Nueva York —que el accionante intenta distinguir del reconocimiento de la fuerza ejecutoria de ese fallo— sería pertinente evaluar la posible afectación de los principios de orden público.

7°) Que, sentado lo que antecede, en el referido dictamen, se dejó establecido que los títulos de propiedad de la accionante (Bonos Externos Globales o *Global Bonds* 1997 – 2017) están comprendidos en las medidas dispuestas por el gobierno nacional a partir del año 2001 como consecuencia de la imposibilidad de afrontar el pago de los servicios de la deuda pública en las condiciones pactadas y a los efectos de conjurar los efectos de la gravísima crisis que hizo eclosión en los últimos días de aquel año, cuya extensión y profundidad fue puesta de relieve en diversos dictámenes de la Procuración General y en conocidos precedentes de esta Corte (Fallos: 327:4495; 328:690; 329:5913 y 330:855). Luego se efectuó una detallada reseña de tales medidas que, tras el reconocimiento formal del default el 24 de diciembre de 2001, incluyeron la declaración por parte del Congreso de la emergencia en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (ley 25.561), instrucciones dirigidas al Poder Ejecutivo para que iniciara las gestiones tendientes a reestructurar la deuda pública y ajustar sus servicios a la capacidad de pago del Gobierno Nacional (ley 25.565), el diferimiento de los servicios de esa deuda dispuesto por numerosas normas —entre ellas, las sucesivas leyes de presupuesto— y la instrumentación de dos operaciones de canje de los títulos cuyo pago había

sido diferido: la primera en el año 2004 y la segunda en el año 2010 (confr. decretos 1735/04 y 563/10 y leyes 26.017 y 26.547), que lograron la adhesión de los acreedores por un monto superior al 90% de la deuda.

8°) Que en ese contexto, y sobre la base de fundamentos que esta Corte comparte y hace suyos, en el referido dictamen de la señora Procuradora General se llega a la conclusión de que el exequátur pretendido por Claren Corporation no satisface el requisito previsto en el inciso 4 del artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en tanto admitir la pretensión del accionante implicaría convalidar que éste, a través de una acción individual promovida ante un tribunal extranjero, eluda el proceso de reestructuración de la deuda pública dispuesto por el Estado Argentino mediante las normas de emergencia dictadas por las autoridades competentes de acuerdo con lo establecido por la Constitución Nacional.

9°) Que al respecto, cabe poner de relieve que el desarrollo que se efectúa en el aludido dictamen tiene sustento y es concorde con la jurisprudencia de esta Corte, en cuanto señaló que una adecuada inteligencia del precedente “Galli” (Fallos: 328:690) permite afirmar que en esa causa el Tribunal “no se limitó a resolver lo relativo a la modificación de la moneda de pago —dispuesta por el decreto 471/02 respecto de los bonos regidos por la legislación argentina— sino que estableció una doctrina de amplios alcances —con respaldo en un principio de derecho de gentes cuya existencia ya había sido afirmada por el Tribunal en el precedente “Brunicardi” (Fallos: 319:2886)— en lo concierne a las facultades del Estado Nacional respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas (conf. “Rabolini, Germán Adolfo c/ Estado Nacional M° de Economía”, Fallos: 333:855, entre otros).

En efecto, desde tal perspectiva, cabe afirmar que las normas dictadas por los órganos constitucionalmente habilitados, y mediante las cuales el Estado Nacional ejerce tales facultades, integran el orden público del derecho argentino, por lo cual no puede concederse el exequátur a la sentencia de un tribunal extranjero que es claramente opuesta a esas disposiciones.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General, se confirma la sentencia apelada. Con costas de esta instancia a la vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por **Claren Corporation**, representada por el **Dr. Gustavo Carlos Liendo**, en su condición de **apoderado judicial**, con el patrocinio letrado del **Dr. Horacio Tomás Liendo**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional-Ministerio de Economía y Finanzas**, representado por el **Dr. Sergio Acevedo**.

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° 9**.

**CLUB FERROCARRIL OESTE ASOCIACION CIVIL S/QUIEBRA
S/ INCIDENTE DE APELACION (DESIGNACION DE INTEGRANTE DE ORGANO
FIDUCIARIO)**

QUIEBRA

Cabe dejar sin efecto -por arbitraria- la sentencia que rechazó el pedido realizado por el Presidente y Vice Presidente de la institución deportiva actora de convocar a elecciones para designar una nueva Comisión Directiva, la circunstancia de que las facultades reconocidas a los órganos institucionales de la entidad hayan sido introducidas por el decreto reglamentario 852/07 (art. 5°) de la ley 25.284 (art.7°) no convierte automáticamente a esta última norma en inconstitucional, máxime cuando no se advierte que aquellas atribuciones contraríen el espíritu de la ley o sus disposiciones, punto en el cual, la decisión apelada no ha invocado ninguna razón que justifique su conclusión de que el artículo 7° de la ley, en cuanto prevé el desplazamiento de los órganos naturales de la entidad, resulte alterado por el reconocimiento a dichos órganos de ciertas facultades específicas- restringidas pero trascendentes- tendientes a brindarles legitimación para proteger los derechos de la institución que representan.

REGLAMENTACION DE LA LEY

El exceso reglamentario se configura cuando una disposición de ese orden desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu o finalidad, contrariando de tal modo la jerarquía normativa, lo que requiere un sólido desarrollo argumental que lleve, como última ratio, a la invalidación de la norma cuestionada, de modo que la potestad reglamentaria habilita para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contempladas por el legislador de una manera expresa, si se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que ésta.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Club Ferrocarril Oeste Asociación Civil s/ quiebra s/ incidente de apelación (designación de integrante de órgano fiduciario)”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (fs. 12.891/12.893 de los autos principales) que, al confirmar lo decidido en la instancia anterior, rechazó el pedido realizado por el Presidente y el Secretario —interinos— del Club Ferrocarril Oeste de convocar a elecciones para conformar una nueva Comisión Directiva, los citados peticionarios interpusieron el recurso extraordinario cuya denegación motivó la presente queja (fs. 7/25 y 29/32 de esas actuaciones).

2º) Que para fundar su decisión, el a quo sostuvo que en el marco del fideicomiso de administración que instituyó la ley 25.284, la designación del órgano fiduciario desplaza a los órganos institucionales y estatutarios que estuviesen actuando y a todos aquellos que no tuviesen designación expresa por parte de dicho órgano (artículo 7º, primer

párrafo), a cuyo fin se le otorgan a este último facultades suficientes —siempre con el debido contralor judicial— para el íntegro manejo de la gestión social (artículos 8º, 9º, 11, 12, 15, 20 y concordantes). En esas condiciones, consideró que el decreto reglamentario 852/07 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional alteró sustancialmente esas disposiciones legales al conferir —en sus artículos 5º, 7º, 12 y 15 inciso k— determinadas facultades a los órganos desplazados. Sobre esa base, la cámara juzgó inaplicable el decreto y, consecuentemente, rechazó el pedido de convocatoria a elecciones.

3º) Que los recurrentes argumentan que la sentencia es arbitraria porque se funda en una errónea interpretación del artículo 7º de la ley. Sostienen que no existe contradicción alguna entre la correcta inteligencia de la ley y su decreto reglamentario, toda vez que el “desplazamiento” de la administración no implica la “desaparición” de los órganos institucionales. Afirman que la personalidad jurídica de la entidad subsiste durante todo el plazo de vigencia del fideicomiso de administración, pues de lo contrario se afectaría su derecho de defensa y debido proceso. Esa circunstancia —dicen— torna aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 110 de la ley de concursos y quiebras, por expresa previsión del artículo 26 de la ley 25.284. Y agregan que la decisión afecta el principio de división de poderes porque resuelve no aplicar disposiciones reglamentarias sin declarar su inconstitucionalidad.

4º) Que si bien las cuestiones que se suscitan en torno a la interpretación de derecho común constituyen, por vía de principio, facultades de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 264:301; 312:292; 315:1574, entre muchos otros), ello no es óbice para que la Corte pueda conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción al principio, con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 315:1574 y sus citas; 316:1141; 324:2542 y sus citas, entre muchos otros).

5º) Que la cámara, para decidir como lo hizo, consideró que las potestades y atribuciones conferidas por los artículos 5º, 7º, 12 y 15, inciso k, del decreto 852/07 a los “desplazados” órganos naturales de la fallida

contrarían y alteran la sustancia de lo normado por los artículos 7º y concordantes de la ley 25.284.

6º) Que el artículo 7º de la ley 25.284 dispone que la designación del órgano fiduciario “desplaza a todos los funcionarios mencionados en el Título IV, Capítulo II, Sección I de la ley 24.522 y a los órganos institucionales y estatutarios que estuvieren actuando” y añade que ese desplazamiento se hace extensivo “a todos aquellos que no tengan designación expresa por parte de dicho órgano”.

Por su parte, el artículo 5º del decreto reglamentario 852/07 dispone que “[s]e considera parte legitimada y directamente interesada para solicitar la conclusión de la quiebra y, en su consecuencia, la extinción del fideicomiso de administración con control judicial a la asociación o entidad civil deudora”; y agrega que, en caso de denegarse la aplicación de la ley 25.284, “la asociación o entidad civil deudora podrá apelar lo resuelto de conformidad a lo establecido en el artículo 273, inciso 4º, de la ley 24.522 y sus modificatorias”. El artículo 7º del decreto declara que la deudora concursada o fallida “conserva su derecho de defensa a través de sus órganos institucionales y estatutarios, en especial para lograr la conclusión de la quiebra y para realizar las denuncias previstas en el artículo 252, in fine, de la ley 24.522 y sus modificatorias, contra los funcionarios allí referidos y el o los miembros del órgano fiduciario”. El artículo 12 del decreto legitima a la entidad para actuar como parte en la determinación de la responsabilidad de los miembros del órgano fiduciario y de la reparación de los daños que pudiere corresponder. Finalmente, con relación a la obligación que la ley fija para el órgano fiduciario de “rendir cuenta al juez sobre el estado del patrimonio fiduciario, con la periodicidad que aquél fije, la que podrá ser también solicitada judicialmente por los acreedores y socios de la entidad”, el artículo 15, inciso k, del decreto reglamentario dispone que “[l]os socios realizarán sus requerimientos a través de los procedimientos estatutarios y serán sus órganos naturales los que puedan peticionar judicialmente”.

7º) Que la circunstancia de que las facultades reconocidas a los órganos institucionales de la entidad hayan sido introducidas por el decreto reglamentario no convierte automáticamente a esta última norma en inconstitucional, máxime cuando no se advierte que aquellas atribuciones contraríen el espíritu de la ley o sus disposiciones. En este punto, la decisión apelada no ha invocado ninguna razón que jus-

tifique su conclusión de que el artículo 7º de la ley, en cuanto prevé el desplazamiento de los órganos naturales de la entidad, resulte alterado por el reconocimiento a dichos órganos de ciertas facultades específicas -restringidas pero trascendentes- tendientes a brindarles legitimación para proteger los derechos de la institución que representan.

8º) Que, en tales condiciones, la sentencia apelada presenta deficiente fundamentación, ya que al comprobar que el decreto reglamentario incursiona en temas no regulados expresamente por la ley, concluye dogmáticamente que la contradicen, sin efectuar tal examen conforme a las pautas establecidas desde antiguo por este Tribunal. En tal sentido, el exceso reglamentario se configura cuando una disposición de ese orden desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu o finalidad, contrariando de tal modo la jerarquía normativa (Fallos: 318:1707; 322:1318; entre otros), lo que requiere un sólido desarrollo argumental que lleve, como última ratio, a la invalidación de la norma cuestionada. Así, la potestad reglamentaria habilita para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contempladas por el legislador de una manera expresa, si se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que ésta (Fallos: 325:645; 330:2255).

9º) Que, en atención a lo expuesto, la decisión impugnada contiene defectos de fundamentación que la descalifican como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de la arbitrariedad, con directa afectación de las garantías constitucionales invocadas (artículo 15, ley 48).

Por ello, 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 para que, según corresponda, dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que la queja por denegación del recurso extraordinario no ha cumplido con el requisito previsto en el artículo 7°, inciso c del reglamento aprobado por la acordada 4/2007.

Por ello, se desestima la queja. Hágase saber al señor juez que la fallida adeuda el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que deberá hacerse efectivo en la oportunidad adecuada y de acuerdo a lo dispuesto en la acordada 77/90 (conf. modificaciones acordada 28/91) de esta Corte. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

CARLOS S. FAYT.

Recurso de hecho interpuesto por la **actora (Luis Eduardo Russo y Pablo Alberto Berdasco, Presidente y Secretario interinos del club)**, con el patrocinio letrado del Dr. **Eduardo Gabriel Sreider**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala D)**.

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

CERRUTI, ISABEL TERESA c/ BENFIELD, REBECA
CELINA s/ ORDINARIO

DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS

Corresponde confirmar la sentencia que condenó a la demandada a pagar a la actora la mitad del monto indemnizatorio que había percibido como progenitora de la persona desaparecida, al amparo del régimen sancionado con la ley 24.411 al considerar que la peticionaria debía ser considerada como causahabiente del desaparecido en tanto había mantenido con aquél una unión de hecho que se presumía a partir del nacimiento del hijo de ambos, ya que carecería de asidero imponer -como pretende la recurrente- el requisito exigido en el primer párrafo del art. 4° de la norma mencionada referido a una cohabitación de por lo menos

una antigüedad de dos años anteriores a la desaparición, ya que se trata de dos situaciones diferentes que tiene cada una de ellas una distinta manera de probar el carácter de causahabiente.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 833/839 de los autos principales (a cuya foliatura corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala L) confirmó la sentencia de la instancia anterior, en cuanto había hecho lugar a la demanda promovida por Isabel Teresa Cerruti contra Rebeca Celina Benfield, condenando a la segunda a abonar a la actora el 50% de lo que había percibido en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la desaparición forzada de Ernesto Eduardo Berner, acaecida aparentemente el 11 de enero de 1977, a manos de fuerzas de seguridad.

Para decidir de tal modo, la Dra. Perez Pardo (en disidencia con el primer voto) entendió que la actora debía ser considerada “*causahabiente*” en los términos de la ley 24.411, más no por el carácter de concubina durante el lapso mayor a dos años que prevé el primer párrafo del artículo 4° de la ley 24.411, sino por ser la progenitora de Norberto Carlos Berner, hijo del desaparecido Ernesto Eduardo Berner —situación prevista en el párrafo 2° del artículo 4° de la citada norma, según la modificación introducida por la ley 24.823—, sin que para el caso fuera un requisito los dos años de concubinato previo.

Con sustento en esa reforma legal, entendió que con el nacimiento del hijo se presumía la existencia de la unión de hecho de sus padres en forma inmediatamente anterior a la desaparición o el fallecimiento, sin que se hubiese presentado en autos prueba alguna en contra, así como tampoco se hubiese cuestionado que la actora es la progenitora del hijo del desaparecido.

Destacó la concordancia entre las diferentes declaraciones testimoniales rendidas en la causa, las que demuestran la relación de la actora con el padre de su hijo y con la familia de éste último, resaltando algunas que creyó relevantes.

Por su parte, el Dr. Galmarini (en su voto) estimó que “...en lo que hace a la procedencia de la acción... se definen por la interpretación que se haga de las previsiones del artículo 4° de la ley 24.411, y en este aspecto coincido en lo substancial con la solución que propicia en su voto la Dra. Pérez Pardo, en tanto juzgo aplicable al caso el segundo párrafo del citado artículo 4°, el cual prevé lo siguiente: ‘Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existió unión de hecho cuando hubiera descendencia reconocida por el desaparecido o el fallecido, o la filiación del descendiente hubiera sido establecida judicialmente. La persona que hubiese estado unida de hecho concurrirá en la proporción que hubiere correspondido al cónyuge...’”.

Al respecto, sostuvo que para que opere la presunción de concubinato y, por tanto, la legitimación de quien integró esa unión para reclamar como “*causahabiente*” el beneficio o indemnización previsto en el artículo 1° de la ley 24.411, era suficiente con que la actora hubiera tenido un hijo con quien sufrió la desaparición forzada o el fallecimiento como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas o de seguridad.

Añadió que el segundo párrafo del artículo 1° no exige una antigüedad determinada en esa unión, pues le ha conferido al hecho de que la pareja tuviera descendencia la entidad suficiente para presumir que ella existió entre los progenitores, la que únicamente puede ser debilitada por prueba en contrario, extremo que —específicó— no se había producido.

En tal sentido, luego de analizar las declaraciones contenidas en la información sumaria tramitada por la actora y las declaraciones testimoniales de otros testigos ofrecidos por la demandada, concluyó que ellos no lograron desvirtuar el vínculo entre la actora y Ernesto E. Berner, razón por la cual —ante la existencia indubitada de un descendiente común— resulta de aplicación lo previsto en el 2do párrafo del artículo 4° de la ley 24.411 y se presume la unión de hecho de la pareja, en virtud de lo cual la actora tiene derecho a recibir una parte del beneficio o la indemnización percibido por la demandada.

- II -

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 844/859, el que, denegado a fs. 876, dio lugar a esta presentación directa.

En primer término, tachó de nulidad al fallo en crisis por carecer de opiniones sustancialmente coincidentes respecto de la solución

a la que arriba, denunciando que si bien los votos que conforman la mayoría coinciden en la solución final, parten de premisas y argumentos diferentes.

Agregó que en dichos votos se modificó no sólo la causa de la obligación sino que además se suministró una inteligencia de la legislación federal diferente a la sostenida por la sentencia de primera instancia, puesto que se consideró que el primer y segundo párrafos de la ley 24.411 contemplan dos hipótesis de hecho distintas, lo que condujo a la Cámara a afirmar que la actora debía ser calificada como “*causahabiente*” en los términos de la citada ley, mas no por ser concubina del causante durante un lapso mayor de dos años —tal como lo prevé el párrafo primero del artículo 4° de la ley y como estableció el juez de grado—, sino por encontrarse en la hipótesis contenida en el segundo apartado de ese precepto, esto es, dado su carácter de progenitora de Norberto Carlos Berner, hijo del desaparecido por el cual se reclama el beneficio.

Al ser ello así, precisó que la cuestión federal fincaba en el yerro de la decisión respecto de la interpretación de la normativa federal en juego, en colisión con garantías constitucionales.

Por otra parte, se agravio también del rechazo de su planteo de caducidad respecto del derecho de la actora, en los términos y con los efectos del artículo 7 de la ley 24.411, el que había sido rechazado por la Cámara en virtud de lo normado en las leyes 24.499, 25.985, 26.178 y 26.521, que ampliaron el citado plazo.

Tildó de arbitrario el pronunciamiento por, entre otras cuestiones, vulnerar los artículos 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, al desconocer que la indemnización que había percibido se incorporó a su patrimonio, constituyendo un derecho adquirido del cual no puede ser ahora despojada.

Se agravio también porque la decisión recurrida se aparta de la doctrina de la Corte en lo atinente al principio de buena fe prescripto por el artículo 6° de la ley 24.411 del que, sostiene, se vio privada. También consideró, en líneas generales, que se vulneraron los arts. 18, 19, 28, 31 y 33 de la Ley Fundamental.

- III -

Liminarmente, observo que no puede prosperar el agravio fundado en la carencia de opiniones sustancialmente coincidentes respecto de la solución a la que arriba el fallo impugnado. Ello es así pues, de la simple lectura del pronunciamiento, surge con claridad que se verifi-

ca esa “*sustancial coincidencia*” en los fundamentos y conclusiones de los dos jueces que conformaron la mayoría. Si bien el recurrente declara que esa coincidencia no es total, pienso que los aspectos concordantes permiten resolver la cuestión en debate, de modo tal que la decisión apelada cuenta con una confluencia de voluntades que exhibe una mínima finalidad acumulativa exigible, sin que se advierta ninguna afectación de los procesos lógico-jurídicos de elaboración de propuestas, de razonamiento y de decisión (arg. Fallos: 314:1968).

En efecto, existe acuerdo entre los jueces que votaron en segundo y tercer término en cuanto a que no puede endilgarse arbitrariedad a la sentencia de grado toda vez que, a los fines de la ley 24.411, existe unión de hecho cuando hay descendencia reconocida por el desaparecido o el fallecido, o bien la filiación del descendiente ha sido establecida judicialmente, así como también en punto a que la actora es la madre del hijo del desaparecido y fallecido.

- IV -

Sentado lo anterior, corresponde estudiar si —como argumenta la demandada— los votos que conforman la mayoría modificaron la *causa petendi*.

Ha expresado la Corte en reiteradas oportunidades que es privativo de los jueces la tarea de calificar las pretensiones de las partes, facultad que deriva de la conocida regla *iure novit curia*, cuyo ejercicio no comporta agravio constitucional (Fallos: 300:1074; 312:195).

Con arreglo a dicho principio, el juez no sólo tiene la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes. Esa potestad, propia de los jueces, deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional (Fallos: 296:633; 298:78 y 429; 300:1034; 305:405; 308:778; 310:1536; 316:2383).

En atención a ello, el ejercicio de esa facultad-deber por medio del cual la Cámara fijó el régimen normativo pertinente para la solución de este litigio, sólo podrá ser cuestionado sobre la base de demostrar que se han alterado los presupuestos fácticos del caso o la *causa petendi* (Fallos: 307:919; 313:915), es decir, cuando se modifican de ese modo los elementos objeto de la demanda o de la oposición (Fallos: 306:1993; 314:1175).

Desde esta perspectiva, resulta claro para mí que ello no ocurrió en el *sub lite*, puesto que la pretensión de la actora —de recibir el 50%

de la indemnización que, según consideró, ilegítimamente había percibido la demandada en el marco de lo establecido en la ley 24.411— es lo que, finalmente, fue objeto de condena en el fallo recurrido.

En esta inteligencia, advierto que la demandada, señora Benfield, no se verá privada de la indemnización por la desaparición forzada de su hijo, como erróneamente sostiene a fs. 847 de su escrito recursivo, sino que deberá compartir el importe cobrado con la actora y el hijo del desaparecido, a la sazón, su nieto.

En lo atinente al agravio fundado en la falta de tratamiento —por parte de la Cámara— del planteo de caducidad del derecho de la actora opuesto por la demandada, observo que tal planteamiento quedó al margen de esta controversia, al haber sido esgrimido por esta última recién en ocasión de alegar (v. fs. 760/765), aún cuando no se trataba de una cuestión novedosa o inexistente.

En tal sentido, es reiterada doctrina de V.E. que las modificaciones introducidas en los alegatos respecto de las pretensiones expuestas en la demanda y de las defensas opuestas en la contestación, no pueden ser admitidas por extemporáneas (Fallos: 180:233; 182:67; 186:353; 188:143; 284:3179, entre otros), razón por la cual la conducta de la Cámara no puede ser calificada como una falta a su deber de analizar las peticiones, alegaciones o argumentos “*oportunamente propuestos*” a su consideración y conducentes para la correcta solución del litigio (Fallos: 301:1028, entre otros).

- V -

A esta altura sólo resta expedirme sobre la arbitrariedad alegada por la recurrente, situación que -a mi entender- tampoco se advierte en el fallo cuestionado.

V.E. tiene dicho reiteradamente que la doctrina sobre la arbitrariedad de sentencias no tiene por objeto corregir aquellas equivocadas o que el apelante considere tales, a raíz de su mera discrepancia con el alcance atribuido por el *a quo* a principios y normas de derecho común o con la valoración de la prueba, incluso de presunciones, sino que reviste un carácter estrictamente excepcional (Fallos: 324:3421; 3494; 4123; 4321).

Asimismo, ha declarado el Tribunal que es improcedente el recurso extraordinario fundado en agravios que reiteran asertos ya sostenidos al cuestionar la sentencia del juez de grado, desechados sobre la base de fundamentos que no compete a la Corte revisar, ya que se encuentran vinculados a cuestiones de hecho, prueba y derecho pro-

cesal, suficientes, al margen de su acierto o error, para descartar la arbitrariedad invocada (doctrina de Fallos: 312:1859, entre otros).

En base a estas asentadas premisas, es prudente reiterar que la Cámara admitió la pretensión de la actora a partir de la demostración del nacimiento de Norberto Carlos Berner, hijo de ésta con el desaparecido Ernesto Eduardo Berner, circunstancia que la condujo a aplicar el segundo párrafo del artículo 4° de la ley 24.411 y, por ende, a tener por acreditada la existencia de la unión de hecho de sus padres en forma inmediatamente anterior a la desaparición o al fallecimiento, sin que —en postura del *a quo*, irrevisable en esta instancia según expliqué anteriormente— la existencia de esta unión haya merecido prueba en contrario.

En tales condiciones, no se advierte un grosero apartamiento de la solución normativa prevista para el caso o un defecto grave en su fundamentación, motivo por cual la tacha de arbitrariedad debe —en mi criterio— ser rechazada (Fallos: 207:72; 301:1218; 303:386; 304:469).

- VI -

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde rechazar la queja. Buenos Aires, 11 de septiembre de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cerruti, Isabel c/ Benfield, Rebeca Celina s/ ordinario”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, al confirmar —por mayoría— el pronunciamiento de primera instancia, hizo lugar a la reclamación y, en consecuencia, condenó a la demandada a pagar a la actora la mitad del monto indemnizatorio que había percibido como progenitora de la persona desaparecida, al amparo del régimen sancionado con la ley 24.411. Para concluir de ese modo, considero que, en virtud de lo normado en el art. 4º, párrafo 2º, de dicha norma, la

peticionaria debía ser considerada como causahabiente del desaparecido a efectos de percibir el beneficio previsto en dicha ley, pues había mantenido con aquél una unión de hecho que se presu-mía a partir del nacimiento del hijo de ambos; sin que cupiera, en el caso, exigir los dos años de convivencia previa requeridos en el párrafo 1º de la disposición citada. Asimismo, la alzada sostuvo que no existían en la causa elementos de prueba que permitieran apartarse de la mentada presunción.

2º) Que contra esa decisión la demandada interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja, en el que promueve el examen de diversas cuestiones que califica como federales, como la interpretación efectuada por el tribunal a quo del art. 4º de la ley 24.411, de naturaleza federal; que dicha sentencia es arbitraria por ausencia de opiniones sustancialmente coincidentes en el fallo apelado por parte de los dos jueces que dijeron formar mayoría, por omisión de tratamiento de la defensa de caducidad del derecho de la actora planteada por su parte, por violación del principio de congruencia, por apartarse de la doctrina de este Tribunal sentada en Fallos: 330:2304, y por imponer una condenación en costas infundada.

3º) Que es inadmisibles el agravio atinente a la ausencia de opiniones sustancialmente coincidentes entre los dos votos que forman la decisión mayoritaria tomada en la sentencia impugnada, de modo tal que el fallo cuenta con una confluencia de voluntades que exhibe una suficiente finalidad acumulativa exigible, sin que se advierta alguna afectación de los procesos lógicos-jurídicos de elaboración de propuestas, de razonamiento y de decisión (Fallos: 314:1968).

En efecto, existe acuerdo entre los jueces que votaron en segundo y tercer término en cuanto a que no puede endilgarse arbitrariedad a la sentencia de grado pues, a los fines de la ley 24.411, existe unión de hecho cuando hay descendencia re-conocida por la persona desaparecida o fallecida, o bien la filiación del descendiente ha sido establecida judicialmente, así como también en punto a que la actora es la madre del hijo del desaparecido.

4º) Que también corresponde rechazar el agravio basado en la supuesta falta de tratamiento por parte del tribunal a quo de la defensa de caducidad del derecho de la actora, pues —tal como ha sido indicado por la propia demandada en su escrito recursivo— dicha pretensión extintiva fue introducida sólo en oportunidad de presentar el alegato

en primera instancia, sin que fuera sustanciada con la contraria, circunstancia que motivó su exclusión de la controversia. En tal sentido, es reiterada doctrina de esta Corte que las modificaciones introducidas en los alegatos respecto de las pretensiones expuestas en la demanda y de las defensas opuestas en la contestación, no pueden ser admitidas por extemporáneas (Fallos: 152:46; 180:233; 188:143; 235:554; 283:213; 284:319; 308:299) razón por la cual la conducta de la cámara lejos está de ser calificada como una falta a su deber de analizar las peticiones, alegaciones o argumentos “oportunamente propuestos” a su consideración y conducentes para la correcta solución del litigio.

5º) Que igual desestimación merece la pretensa violación del principio de congruencia. El Tribunal ha sostenido reiteradamente que el principio *iura novit curia* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos invocados por las partes (Fallos: 298:78; 313:924; 321:1167; 326:3050; 329:1787 y 331:2240). Tal atribución, por ser propia y privativa de la función jurisdiccional, lleva a prescindir de las calificaciones normativas postuladas por los litigantes, aún cuando concordaren en ellas; y encuentra su único límite en el respeto al principio de congruencia, de raigambre constitucional, en cuanto invalida todo pronunciamiento que altere la causa *petendi* o introduzca planteos o defensas no invocadas, es decir, cuando se modifican los elementos objeto de la demanda o de la oposición (Fallos: 306:1993; 314:1175; 329:4372, 3517 y 331:2240).

Con esta comprensión, no se advierte en el sub lite la variación de la causa *petendi* invocada por la recurrente pues, en ejercicio de la mentada facultad calificadora, la cámara fijó el régimen normativo pertinente para la solución del caso e impuso a la demandada una condena que concuerda con la pretensión de la actora de recibir el 50% de la indemnización que la emplazada había percibido como progenitora y acreedora exclusiva de la indemnización reconocida ante la desaparición de Ernesto Bener.

6º) Que descartados los agravios que perseguían la anulación del pronunciamiento, el recurso extraordinario deducido en autos resulta formalmente admisible en cuanto se ha objetado la inteligencia de una norma de carácter federal y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que la apelante funda

en ella (art. 14, inc. 3º de la ley 48). En este sentido, es oportuno dejar sentado que la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos expuestos por las partes o el a quo sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorga (Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 319:2931; 327:5416, entre otros).

7º) Que en lo atinente a la interpretación de la ley 24.411 —modificada por la ley 24.823—, de carácter federal, resulta conveniente para resolver el caso sub examine reproducir, en lo pertinente, la disposición aplicable:

“Artículo 4º: Los efectos y beneficios de esta ley se aplicarán también a las uniones matrimoniales de hecho que tuviesen una antigüedad de por lo menos dos años anteriores a la desaparición o fallecimiento, según el caso, y cuando esto se probara fehacientemente.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existió unión de hecho cuando hubiera descendencia reconocida judicialmente por el desaparecido o el fallecido, o la filiación del descendiente hubiera sido establecida judicialmente. La persona que hubiese estado unida de hecho concurrirá en la proporción que hubiere correspondido al cónyuge.”

8º) Que corresponde señalar liminarmente que si bien es cierto que los párrafos 1º y 2º de la disposición transcrita contemplan la condición de causahabientes proveniente de las uniones de hecho con las personas fallecidas o desaparecidas, contemplan dos situaciones diferentes y otorgan a cada una de ellas distintas maneras de probar el carácter de causahabiente, necesario en ambos casos para acceder al beneficio acordado en la ley 24.441.

En efecto, el primer párrafo alude a la existencia de una unión de hecho y exige, para aplicarle los efectos y beneficios de la ley, que esa cohabitación tenga, por lo menos, una antigüedad de dos años anteriores a la desaparición o fallecimiento.

Por su parte, el segundo párrafo —agregado por la ley 24.823—, se refiere al supuesto en el que existe descendencia reconocida o establecida judicialmente entre el peticionario y la persona desaparecida o fallecida, caso en el cual la unión de hecho se presume, salvo prueba en contrario.

A diferencia del primer supuesto, para alcanzar la mentada condición de causahabiente, no se exige en este segundo caso una determinada duración de la unión de hecho mantenida entre el reclamante y la persona desaparecida o fallecida.

En consecuencia, carecería de asidero imponer, como pretende la recurrente, un requisito para este segundo supuesto, que el legislador sólo incluyó para el primero.

9º) Que, en este punto, es prudente recordar que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, de la que no cabe apartarse cuando ella es clara, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ésta (Fallos: 312:2078), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violación de sus términos o su espíritu (Fallos: 308:1873; 315:1256).

Sobre la base de esta clásica regla, resulta correcta la interpretación efectuada en el fallo sub examine, al tener por demostrada la unión de hecho de la actora con la persona desaparecida a partir del nacimiento del hijo de ambos, con independencia de la duración de dicha unión.

10) Que el criterio amplio en materia de interpretación de las normas aplicables y de apreciación de la prueba que debe imperar para resolver una cuestión como la planteada en el sub lite, ha sido expresamente reconocido por el legislador. En efecto como lo subrayó el Tribunal en el precedente de Fallos: 330:2304, entre los fundamentos que en el debate parlamentario, sostuvieron el proyecto de ley que luego se sancionara bajo el número 24.823, reformando la ley 24.411, se afirmó que "...La presente reforma se propone evitar interpretaciones restrictivas que resultarían arbitrarias, desvirtuando la voluntad del legislador, que, sin duda, quiso —en el marco de las políticas reparatorias que constituyen un deber por parte del Estado— alcanzar a la mayor cantidad de población, cuyos derechos fueron avasallados por el terrorismo de Estado y cuya reparación se intenta..." (confr. Debate Parlamentario Ley N° 24.823, Fundamentos del Proyecto de Ley; Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, pág. 1405).

Con particular referencia a la cláusula de que se trata, en el mencionado debate parlamentario que introdujo el mentado 2º párrafo al art. 4º de la ley 24.411, se indicó —sin que se formulara mención alguna del lapso de dos años requerido en el 1º párrafo de la norma en examen— que *"el agregado al art. 4º de la norma vigente esta-*

blece, por una parte, la presunción legal de que ha existido unión matrimonial de hecho en caso de descendencia reconocida por el desaparecido o fallecido y también cuando la filiación se hubiera establecido judicialmente” [confr. Debate Parlamentario Ley n° 24.823, Fundamentos del Proyecto de Ley; Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 23 de abril de 1997, pág. 1405].

Por lo demás, la solución dada por el legislador con el agregado incorporado por la ley 24.823 a la ley 24.411, dista de ser única pues, en materia de uniones de hecho aún en otros ámbitos como —por ejemplo— el relativo a las normas que conceden beneficios previsionales, el nacimiento de un hijo en común con el causante es establecido como elemento diferenciador de situaciones, al fijar los requisitos para que el concubino o la concubina puedan acceder al beneficio de pensión derivado de la muerte del conviviente (ver, al respecto, art. 1° de las leyes 23.226 y 23.570; art. 53 de la ley 24.241).

11) Que en las condiciones expresadas, la conclusión a que ha llegado la alzada es una respuesta fundada que hace pie en una interpretación literal y finalista del régimen normativo que regula esta clase de reparaciones que esta Corte comparte, por lo que al resultar inadmisibles los demás agravios invocados (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), corresponde mantener íntegramente la decisión recurrida.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance que surge de los considerandos que anteceden y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 2. 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 **Rebeca C. Benfeld**, representada por el **doctor Aníbal N. Piaggio**.

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

Tribunales intervinientes con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 6.**

**MONNER SANS, RICARDO c/ EN-SECRETARIA GENERAL
PRESIDENCIA Y OTROS S/ AMPARO LEY 16.986***LEGITIMACION PROCESAL*

El recurrente no logra refutar los consistentes argumentos de la alzada para rechazar el reclamo de inconstitucionalidad de la ley 26.080, en cuanto modifica la composición y el funcionamiento del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación que hicieron pie en la ausencia de legitimación, si no se puede advertir una sola idea que intente refutar los argumentos y lo resuelto por la cámara se adecua a clásica doctrina de la Corte según el cual el de ciudadano es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés especial, directo o inmediato, concreto o sustancial, criterio que resulta extensible a la alegada condición de abogado y de usuario del sistema de justicia.

LEGITIMACION PROCESAL

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal se encuentra legitimado para reclamar el control judicial de constitucionalidad de la ley 26.080 -en cuanto modifica la composición y el funcionamiento del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación- ya que es una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado, y entre sus funciones atribuidas legalmente, se encuentran las de gobierno de la matrícula y de control sobre el ejercicio profesional de quienes por expreso mandato constitucional necesariamente integran -por ser abogados de la matrícula federal- uno de los estamentos representados en el Consejo.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Resulta improcedente el recurso extraordinario si la interpretación de la Corte coincide con la sostenida por los tribunales de la causa, con respecto a los contornos que definen el equilibrio que debe procurar el Congreso de la Nación al regular la integración del Consejo de la Magistratura, según el mandato dado por los constituyentes de 1994, por lo cual la tesis de la recurrente -que postula una hermenéutica que solo admite como reglamentación legislativa válida la que exige una participación igualitaria de todos los estamentos- es constitucionalmente objetable, y

esta comprensión equivocada ha llevado a que el demandante no haya realizado demostración alguna de que la composición del órgano establecida por la ley 26.080 legitime una acción hegemónica o predominio de uno de los estamentos sobre el otro, lo que deja sin ninguna clase de sostén el planteo constitucional ventilado.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 192/193, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala III), al rechazar el recurso de apelación de los actores, confirmó el fallo de la instancia anterior que había desestimado el amparo que aquéllos promovieron con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 26.080, en cuanto modifica la composición y el funcionamiento del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.

Para así resolver, en primer término, el *a quo* señaló que el carácter de abogado y la condición de “usuario del servicio de justicia” que invoca el co-actor Dr. Ricardo Monner Sans no resulta suficiente para reconocerle legitimación a fin de iniciar esta acción, porque aquél no logró demostrar su condición de afectado de manera personal, ni la representación de sector alguno, en los términos con que el art. 43 de la Constitución Nacional confiere legitimación a las asociaciones.

No obstante ello, toda vez que en la causa tomó intervención el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal e hizo suyos los agravios que el restante actor planteó contra la sentencia de primera instancia, la Cámara entendió que dicha entidad sí está legitimada para accionar judicialmente en nombre de sus matriculados, en su carácter de persona de derecho público que tiene a su cargo el gobierno de la matrícula y porque está cuestionada la disminución de la representación de los abogados en la nueva conformación del Consejo de la Magistratura.

En virtud de lo expuesto, el *a quo* resolvió el fondo de la cuestión planteada y, por remisión a los fundamentos que expuso al decidir otro caso que estimó análogo al *sub lite*, confirmó la sentencia de grado que había desestimado el amparo.

- II -

Contra esta decisión, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, representado por su presidente, y el doctor Ricardo Monner Sans, por derecho propio, dedujeron el recurso extraordinario de fs. 196/198, que, al ser concedido (fs. 221), trae el asunto a conocimiento del Tribunal.

Cuestionan, en sustancial síntesis, que la cámara haya resuelto esta causa por remisión a otro precedente. En opinión de los recurrentes, en aquel caso no se analizaron ni trataron los mismos argumentos que se plantearon en el *sub lite*.

- III -

Ante todo, corresponde examinar si concurren los requisitos para habilitar la instancia excepcional del art. 14 de la ley 48, en particular porque el Estado demandado afirma que el recurso de los actores se encuentra desierto en la medida en que ahí no se cuestiona la decisión de la cámara de negar legitimación al letrado Monner Sans y, por lo tanto, asevera que con relación a dicho profesional la sentencia se encuentra firme (v. fs. 201/219. en especial, fs. 203/204).

Debo decir que, según mi punto de vista, asiste razón a esta parte cuando señala que el rechazo de la legitimación procesal del doctor Monner Sans quedó firme y deviene insustancial que V.E. conozca y examine otros fundamentos de carácter adjetivo o material, por cuanto el proceso, en lo que concierne a dicho abogado, está terminado (v. fs. 203 vta.).

Así lo estimo, desde que no pude advertir en todo el escrito recur-sivo de fs. 196/198 una sola crítica o cuestionamiento contra la decisión del *a quo* en torno a su falta de legitimación. En efecto, tal como surge del relato anterior, aquél explicó los motivos por los cuales consideró que el letrado no cuenta con legitimación para accionar judicialmente y, reitero, en el escrito mencionado no se aprecia ninguna idea que siquiera intente refutar esos argumentos.

En tales condiciones, resulta aplicable aquella jurisprudencia del Tribunal que señala que es improcedente el recurso extraordinario si los argumentos de la cámara no fueron rebatidos en términos que satisfagan el requisito de fundamentación autónoma a que se refiere el art. 15 de la ley 48, exigencia según la cual el escrito respectivo debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, o sea que el apelante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se

apoya el juez para arribar a las conclusiones que lo agravian, a cuyo efecto no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia (Fallos: 331:563, por remisión al dictamen de la Procuración General), sino que es preciso que en el escrito de interposición de aquel recurso se formule una crítica concreta y razonada de los argumentos en que se basa la sentencia que se impugna (Fallos: 330:2639, entre muchos otros).

Considero, entonces, que corresponde declarar inadmisibile el recurso de fs. 196/198 con relación al co-actor Monner Sans.

- IV -

Sin perjuicio de lo expuesto, toda vez que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, cuya legitimación fue admitida por los jueces de la causa, también recurrió la sentencia que rechazó el amparo, es necesario evaluar si se encuentra habilitada la instancia a su respecto.

En tal sentido, por tratarse de un proceso de amparo, corresponde indicar que la sentencia apelada es definitiva, toda vez que, más allá de los términos que ahí se emplean, la cámara se pronunció sobre el fondo del asunto —que, vale la pena recordar, es de puro derecho— y el recurrente muy difícilmente pueda replantearlo en otra vía judicial. Por lo demás, en autos se encuentra en discusión el alcance e interpretación de disposiciones federales (art. 114 de la Constitución Nacional y ley 26.080) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

En tales condiciones, conviene recordar que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de aquel tipo de normas, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del *a quo* ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (conf. doctrina de Fallos: 323:1491 y sus citas, entre muchos otros).

Pienso, por lo tanto, que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible y que, en consecuencia, procede examinar los temas de naturaleza federal involucrados en la causa.

- V -

Con relación a ello, debo señalar que ya tuve oportunidad de analizarlos cuando me pronuncié en la causa A. 1343, L. XLII. “AABA c/ Estado Nacional Ley 26.080 s/ amparo”, dictamen del 3 de noviembre

de 2006, a cuyos términos y conclusiones, en lo que fueren aplicables a este caso, corresponde remitir por razones de brevedad.

Por lo tanto, en virtud de los fundamentos ahí expuestos, considero que corresponde confirmar la sentencia en cuanto fue materia de recurso extraordinario.

- VI -

Opino, entonces, que corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 27 de agosto de 2009. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Monner Sans, Ricardo c/ EN - Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 192/193), al confirmar la sentencia de primera instancia (fs. 121/131), rechazó la demanda enderezada a obtener —por vía de amparo— la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.080, en cuanto modifica la composición y el funcionamiento del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación que había establecido la ley 24.937, Texto Ordenado por decreto 816/99. Contra dicho pronunciamiento los vencidos interpusieron el recurso extraordinario de fs. 196/198, que fue contestado por la demandada a fs. 201/219 y concedido por el tribunal a quo a fs. 221.

2º) Que para así decidir, el tribunal a quo consideró, por un lado, que el doctor Ricardo Monner Sans carecía de legitimación procesal en las calidades de ciudadano, abogado y “usuario del servicio de justicia” que había invocado para promover la pretensión (fs. 2/7, 42/46), por cuanto no demostraba su condición de afectado de manera personal ni había invocado representación de sector alguno en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional. En cambio, sostuvo que el Colegio

Público de Abogados de la Capital Federal —que intervino en el proceso con arreglo a la modalidad contemplada en el art. 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación e hizo suyos los agravios que el demandante originario había expresado contra el pronunciamiento de la anterior instancia— se hallaba habilitado para promover ante la alzada el examen de la cuestión constitucional introducida en la causa.

Desde esa premisa, la cámara resolvió la cuestión de fondo por remisión a los desarrollos argumentativos y a la conclusión correspondientes a un precedente propio, dictado en la causa “AABA c/ EN-Ley 26.080 s/ amparo ley 16.986”, que estimó sustancialmente análogo al sub lite y que se halla a consideración de esta Corte junto con la presente (causa A.1343.XLII).

Del examen de la sentencia dictada en dichas actuaciones, surge que el tribunal a quo, después de señalar que los agravios de la allí actora carecían de una crítica concreta y circunstanciada de la sentencia de primer grado en lo que a la cuestión constitucional concierne, afirmó que cuando el art. 114 de la Ley Fundamental regula la composición del Consejo de la Magistratura no consagra la igualdad de las representaciones -de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal- que postula la demandante, pues aquella cláusula expresamente dispone que la ley reglamentaria encomendada al Congreso de la Nación debe procurar que en la integración del cuerpo exista un equilibrio entre aquellas representaciones. La alzada agregó que este mandato dado al legislador no debe ser entendido como equivalencia numérica entre los diversos sectores, de manera que era objetable la postura de la recurrente en cuanto proclamaba la existencia de una desproporción notoria entre la reducción del número de integrantes del cuerpo dispuesta por la ley 26.080 y la cantidad de representantes reconocida a los abogados. Aseveró, además, que el acierto o el desacierto del resultado, en términos de conveniencia o satisfacción de expectativas, no viciaba el proceso de formación de la ley, ya que la circunstancia de que las mayorías de las cámaras que la sancionaron pertenezcan a un partido u otro no conduce a la inconstitucionalidad del nuevo ordenamiento, toda vez que se trata de un producto de la interacción de fuerzas libremente elegidas, característica de la democracia representativa en que la periodicidad de las elecciones garantiza la alternancia de los representantes. Con particular referencia al planteo fundado en la necesidad de evitar que el sector *político* prevalezca sobre los de-

más estamentos, la cámara señaló que no incumbe al Poder Judicial evaluar el acierto o el error, el mérito o la conveniencia, de la solución adoptada por el legislador. Expresó, en cambio, que corresponde al Congreso de la Nación la competencia para reglamentar lo atinente al Consejo de la Magistratura y las valoraciones que en ejercicio de ese Poder Legislativo haga sobre el número de consejeros y de la composición del cuerpo, tanto en su pleno como en sus comisiones, pertenecen a la exclusiva zona de reserva de dicho Poder, incumbiéndole solo a los jueces efectuar el control de constitucionalidad con arreglo a la noción de equilibrio consagrada en la Constitución, que al no ser sinónimo de igualdad debe interpretarse como proporción, exigencia que la ley 26.080 ha respetado en cuanto a la representación de los abogados.

3º) Que como fundadamente señala el señor Procurador General en el acápite III de su dictamen, el doctor Ricardo Monner Sans no refuta los consistentes argumentos de la alzada para rechazar la reclamación, que hicieron pie en la ausencia de legitimación en cabeza de dicho letrado para promover ante este Poder Judicial el control de constitucionalidad del texto normativo que intenta privar de validez. Ello es así, pues en todo el escrito recursivo de fs. 196/198 no se puede advertir una sola crítica o cuestionamiento contra la decisión de la cámara en torno a la falta de legitimación del abogado demandante, ni ninguna idea que siquiera intente refutar esos argumentos.

Por lo demás, el incumplimiento del recaudo de fundamentación se acentúa y sella la suerte del recurso cuando, como en el caso, lo resuelto por la cámara se adecua a clásica doctrina de esta Corte establecida en reiterados y concordantes precedentes, que cancelan todo debate sobre el punto (Fallos: 306:1125; 307:2384; 322:528; 324:2048; 333:1023). En efecto, con arreglo a lo sostenido en tales pronunciamientos, el de ciudadano es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés “especial”, “directo” o “inmediato”, “concreto” o “sustancial”, criterio que resulta extensible a la alegada condición de abogado y de usuario del sistema de justicia.

Asimismo, cabe recordar que el demandante no puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes, pues con arreglo a lo exigido por el art. 116 de la Constitución Nacional y por el art. 2º de la ley 27 no hay lugar en el orden federal para acciones populares que únicamente promuevan

declaraciones abstractas y generales de inconstitucionalidad (Fallos: 321:1352; 326:1007; 328:2429; “Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén, Provincia del”, Fallos: 333:487).

4º) Que, en cambio, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal se encuentra legitimado para reclamar el control judicial de constitucionalidad que constituye el singular objeto de este proceso contencioso. Ello es así, pues la peticionaria es una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y, entre sus funciones atribuidas legalmente, se encuentran las de gobierno de la matrícula y de control sobre el ejercicio profesional de quienes por expreso mandato constitucional necesariamente integran —por ser abogados de la matrícula federal— uno de los estamentos representados en el Consejo de la Magistratura de la Nación (Fallos: 308:987; art. 114 de la Constitución Nacional; ley 24.937, art. 2º, inc. 2º, Texto Ordenado por decreto 816/99; Reglamento para la Elección de los Representantes de Abogados que integran el Consejo de la Magistratura, ordenado por resolución 317/2006).

Esta Corte, por lo demás, ha reconocido legitimación suficiente al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal para impugnar la validez constitucional de una norma cuando la reclamación se promueve en defensa de un derecho propio (Fallos: 331:2406), condición que nítidamente concurre en el caso en que el nuevo ordenamiento reglamentario es impugnado por desconocer la representación que la Constitución Nacional asegura en el Consejo de la Magistratura a los profesionales abogados que, necesariamente, deben contar con matriculación bajo el gobierno de la entidad demandante.

5º) Que en el pronunciamiento dictado el pasado 18 de junio en la causa R.369.XLIX “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (expte. n° 3034/13)”, esta Corte tuvo oportunidad de llevar a cabo un examen exhaustivo sobre la interpretación que corresponde asignar al art. 114 de la Constitución Nacional cuando, entre otros puntos, esa cláusula exige que el Consejo de la Magistratura cuente con una integración que procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular; de los jueces de todas las instancias, de los abogados, y con otras personas del ámbito académico y científico.

En dicho pronunciamiento, en el voto mayoritario —de los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda, y de la jueza Highton de Nolasco— se afirmó (considerandos 18, último párrafo, y 25) que “...A su vez, en el precepto no se dispone que esta composición deba ser igualitaria sino que se exige que mantenga un equilibrio, término al que corresponde dar el significado que usualmente se le atribuye de ‘contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas’ [...] Que la concepción de los constituyentes que aprobaron el texto sancionado fue mantener en el Consejo un equilibrio entre sectores de distinto origen sin que exista predominio de unos sobre otros. Es decir que ningún sector cuente con una cantidad de representantes que le permita ejercer una acción hegemónica respecto del conjunto o controlar por sí mismo el cuerpo”. Esta comprensión fue profundizada ulteriormente en dicho voto (considerando 28, 2º párrafo), al sostener que la norma prevé “una integración equilibrada respecto al poder que ostentan, por un lado, el sector político y, por el otro el estamento técnico. Esto es, que los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular no puedan ejercer acciones hegemónicas o predominar por sobre los representantes de los jueces, de los abogados y de los académicos o científicos, ni viceversa...”. En esa línea, concluye este voto mayoritario (considerando 30) afirmando que el art. 114 de la Constitución Nacional “...buscó asegurar una composición equilibrada entre los integrantes del Consejo, de modo tal que no tuvieran primacía los representantes provenientes del sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario respecto de los representantes del Poder Judicial, del ámbito profesional y del académico”.

Esta conclusión sobre la interpretación de la cláusula constitucional que contempla la composición del Consejo de la Magistratura fue compartida en el voto concurrente del juez Petracchi y de la jueza Argibay en la causa mencionada. En efecto, tras mencionar los diversos estamentos que según el art. 114 de la Constitución Nacional componen el consejo, allí se afirmó (considerando 7º) que esa cláusula “... establece que entre ellos debe existir un equilibrio, entendiéndose por tal la situación en que ninguno de ellos tenga por sí solo un predominio sobre los restantes”, para concluir (considerando 9º) que “...la idea de los constituyentes fue, pues, que una representación no predomine sobre las otras, es decir que no ejerza una acción hegemónica del conjunto o que no controle por sí misma al cuerpo. Es éste el único modo de preservar el sistema organizado en el artículo 114 de la Constitución para evitar la fractura del balance que la Convención de 1994

juzgó apropiado para mantener el Poder Judicial a la distancia justa de los otros dos poderes que expresan más directamente la representación democrática”.

6º) Que las transcripciones precedentes llevan a la conclusión de que la interpretación dada por esta Corte coincide con la sostenida por los tribunales de la causa, con respecto a los contornos que definen el equilibrio que debe procurar el Congreso de la Nación al regular la integración del Consejo de la Magistratura, según el mandato dado por los constituyentes de 1994.

Desde esta premisa, la tesis de la recurrente —que postula una hermenéutica que solo admite como reglamentación legislativa válida la que exige una participación igualitaria de todos los estamentos— es constitucionalmente objetable; y esta comprensión equivocada ha llevado a que el demandante no haya realizado demostración alguna de que la composición del órgano establecida por la ley 26.080, en vigencia según lo decidido en el punto III de la sentencia dictada en “Rizzo”, legitime una acción hegemónica o predominio de uno de los estamentos por sobre el otro, omisión argumentativa que deja sin ninguna clase de sostén el planteo constitucional ventilado en el sub lite.

7º) Que ello es así, pues frente a la carga argumentativa y justificatoria que pesa sobre el demandante de realizar una “demostración concluyente” del apartamiento constitucional (Fallos: 100:318), la asociación actora se limitó a afirmar lacónicamente que la alzada no precisó el concepto de notable desproporción en la representación; y que dejó de pronunciarse acerca de que lo sostenido en la sentencia —con base en la zona de reserva del legislador— determina una preocupación inocultable sobre el futuro del Poder Judicial; asimismo, la demandante formula interrogantes acerca de si realmente corresponde considerar a la declaración de inconstitucionalidad como la última ratio del orden jurídico.

Estas postulaciones no son consistentes con la trascendencia institucional de la pretensión que se persigue de que este Poder Judicial ponga en ejercicio la atribución constitucional que ha considerado de mayor gravedad, según lo ha señalado con énfasis y reiteración. En este sentido corresponde poner de relieve que el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse (Fallos: 329:5567,

dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte), de allí que la pretensión de inconstitucionalidad de una ley no puede fundarse en apreciaciones de tal naturaleza. Por el contrario, la gravedad institucional de la petición requiere *sine qua non* que la relación de la norma con la cláusula constitucional, como lo subrayó esta Corte desde sus primeros precedentes en que realizó esta función jurisdiccional más eminente (caso “Avegno, José Leonardo” de Fallos: 14:425), sea “absolutamente incompatible” y que “haya entre ellas evidente oposición”, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 318:1256).

El debido respeto que se debe a los altos poderes que concurren a la formación de las leyes, como se enfatizó en el precedente “Avegno”, imponen que una declaración como la pretendida solo encuentre cauce ante una “discordancia substancial” de la norma tachada con los preceptos de la Constitución Nacional que sea “manifiesta”, pues aun en los casos de duda entre la validez o la invalidez ha de estarse por la legalidad (Fallos: 318:1256).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara improcedente el recurso extraordinario. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con la relación de antecedentes y el examen de la cuestión efectuados en los considerandos 1º a 4º del voto de la mayoría.

Que los planteos del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal encuentran suficiente tratamiento y respuesta en las conside-

raciones efectuadas en el voto disidente del pronunciamiento dictado el pasado 18 de junio en la causa R.369.XLIX “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (expte. n° 3034/13)”, a las que cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara improcedente el recurso extraordinario. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Por razones de brevedad se da por reproducido los considerandos 1° a 5° de la sentencia de Corte.

6°) Para expresarlo en otros términos, en el precitado caso “Rizzo” se dejó establecido el estándar bajo el cual corresponde examinar si el Congreso ha cumplido con el deber de procurar el “equilibrio”, que de manera expresa el artículo 114 de la Constitución pone a su cargo. Tanto la sentencia de la Corte, cuanto el voto concurrente de los jueces Petracchi y Argibay se apoyan en un criterio de “no predominio”. Esta pauta exige que ninguna de las representaciones mencionadas en el artículo 114 de la Constitución debe contar con la posibilidad de tomar, por sí sola —esto es, sin contar con la concurrencia al menos parcial de alguna otra—, las decisiones centrales para el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación (considerandos 25, 28, 29 y 30 de la sentencia de la Corte y voto concurrente de los jueces Petracchi y Argibay, considerandos 7°, 8°, 9°, 11 y 12).

7°) Por lo tanto, una ley que otorgue a cualquiera de los sectores representados en el Consejo de la Magistratura “predominio”, en el sentido indicado en “Rizzo”, no habrá cumplido con la exigencia constitucional de procurar el “equilibrio” entre ellos. En consecuencia, corresponde a quien impugne la ley organizativa del Consejo de la Ma-

gistratura demostrar que, en lugar de preservar el equilibrio entre las representaciones, dicha ley confiere a una de ellas la posibilidad de tomar decisiones por sí sola y en nombre de todo el cuerpo. En el caso “Rizzo”, como se ha visto, esta Corte entendió que tal demostración se encontraba plenamente cumplida y decidió, así, que no se podía poner en práctica la ley 26.855 sin violar la Constitución.

8º) Sin embargo, la demostración de que la ley otorga predominio a un sector; cuando tal circunstancia no es claramente manifiesta como lo era en “Rizzo”, exige no solo mostrar la diferencia numérica de los componentes de cada representación, sino también tomar en cuenta el peso que dicho número puede tener en la toma de decisiones, es decir, en la conformación de las mayorías necesarias.

Las argumentaciones de la parte actora no son persuasivas en este punto, pues no generan la convicción de que la ley 26.080 ha transgredido la prohibición de acordar a uno de los sectores representados en el Consejo de la Magistratura la posibilidad de ejercer por sí solo las atribuciones de todo el cuerpo. En particular, han subestimado el hecho de que la representación política, según la ley 26.080, está fragmentada en representantes de la mayoría y de la primera minoría en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores. Esta circunstancia y el hecho de que ciertas decisiones exigen una mayoría calificada, determina la necesidad de que las mayorías deban ser siempre el resultado de coaliciones cruzadas entre sectores de las diversas representaciones.

9º) Es inocultable, por cierto, que la ley 26.080 incrementa la exposición del Consejo de la Magistratura al riesgo de funcionamiento anticonstitucional al acortar la distancia que debe recorrer el sector político para alcanzar una mayoría consolidada, mediante, por ejemplo, un acuerdo entre los representantes de mayoría y minoría que desdibuje su independencia de actuación parlamentaria. Sin embargo, se trata ésta de una situación hipotética que no demuestra la inconstitucionalidad manifiesta de la ley, materia propia de una acción declarativa como la presente. En su texto, la ley no traspone el límite establecido por esta Corte en el precedente “Rizzo”, pues, al debilitar a la mayoritaria representación política, impide afirmar que le adjudica a esa parcialidad el poder de tomar las decisiones del Consejo de manera hegemónica respecto de las otras representaciones principales mencionadas en el artículo 114 de la Constitución.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara improcedente el recurso extraordinario. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Colegio Público de Abogados de la Capital Federal**, representado por el **Dr. Jorge Gabriel Rizzo**; y por el **Dr. Ricardo Monner Sans**, por derecho propio.

Traslado contestado por el **Estado Nacional**, representado por el **Dr. Horacio P. Diez**, en su calidad de **Subdirector a cargo de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Osvaldo César Guglielmino**, en su calidad de **Procurador del Tesoro de la Nación**, y **Carlos Do Pico Mai**.

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

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

MANSILLA, CARLOS c/ FORTBENTON CO LABORATORIES
S.A. s/ DESPIDO

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la demanda elevando el monto de condena si al argumentar profusamente a favor de la inconstitucionalidad del tope establecido en el segundo párrafo del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y considerando entonces la remuneración del trabajador sin mengua alguna ignoró que la plataforma fáctica del debate reclamaba considerar que el actor, al demandar, propuso la aplicación de un tope determinado, por lo cual la declaración de inconstitucionalidad importó un claro apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis, lo cual es inconcebible dentro de una racional administración de justicia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala III) modificaron la sentencia de primera instancia, elevaron el monto de condena y ratificaron la declaración de inconstitucionalidad del tope de la indemnización por antigüedad dispuesto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo -n° 20.744 y sus modificatorias- (v. fs. 2191/2208).

Para así decidir, en lo que interesa, enfatizaron que la labor que desempeñaba el actor no sólo era la de promoción y difusión de productos medicinales, sino que también se encontraba inserto en la etapa de comercialización, pues concertaba operaciones vinculadas a la venta y por ello correspondía encuadrarlo en el convenio colectivo de viajantes de comercio y no el de agente de propaganda médica.

Sostuvo, en síntesis, que la razonabilidad del tope indemnizatorio sólo podía ser medida en relación con las circunstancias personales del trabajador. Estimó que el resultado económico de la indemnización alcanzaba la suma de \$128.112, sin embargo, por aplicación del tope recibiría tan solo \$67.158. En términos de perjuicio para ambas partes entendió que el único elemento objetivo era la diferencia de \$60.954 que termina quedando en manos de la empresa; que ese monto no puede poner en riesgo la seguridad empresaria que, por el otro lado, despoja al trabajador de un derecho adquirido, lo cual no se justifica por criterio compensatorio alguno de daño irrogado a la contraparte. En definitiva, encontró justificada la inconstitucionalidad de la norma por violación a los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional. Agregó que no es la política de topes en sí misma la que está en discusión, sino de encontrar una medida de justicia que se vincule con su finalidad sin dejar exangüe al empleador. En consecuencia compartió los fundamentos del precedente “Vizzoti” de esa Corte, aunque no la proporción de confiscatoriedad allí establecida, determinando la indemnización por antigüedad sin el tope del art. 245 de la LCT.

Contra dicha decisión la demandada interpuso recurso extraordinario federal a fs. 2216/2235 que fue concedido a fs. 2249.

-II-

La recurrente plantea -en síntesis- que la decisión impugnada violenta una norma dictada por el Congreso porque se declara de oficio

la inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT. Asimismo recalca que se vulnera el principio de congruencia, el debido proceso y la defensa en juicio y por consiguiente el derecho de propiedad.

Con relación a la condena señaló que la sentencia se pronunció *extra-petita* al resolver sobre un punto que no constituyó objeto de reclamo y se altera el principio de congruencia al declarar la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art. 245 de la LCT cuando no fue planteado por la actora. Agrega que, por el contrario, la parte actora invocó en su demanda el tope correspondiente a los Agentes de Propaganda Médica y nunca planteó la inconstitucionalidad de aquella norma. Afirma que en la demanda el actor afirmó ser Agente de Propaganda Médica en cuanto realizaba las labores de promoción y difusión de productos regulado por el Convenio Colectivo 119/75 y por lo tanto la alzada no pudo sino con arbitrariedad decidir que el actor resultaba ser un Viajante de Comercio contemplado por el Convenio Colectivo 308/75. De este modo la Cámara, por un lado, admite las diferencias salariales con fundamento en este acuerdo de Viajantes y, por el otro, reconoce para el cálculo de la indemnización por despido el convenio de Agentes de Propaganda Médica.

-III-

A mi modo de ver, los agravios contra el pronunciamiento que declaró la inconstitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, suscitan cuestión federal bastante para su consideración por la vía intentada, pues si bien las cuestiones comprendidas en la *litis* y el alcance de las peticiones del recurrente constituyen extremos de índole fáctica y procesal, ajenas -en principio- a la instancia extraordinaria, tal regla no impide admitir la apertura del remedio federal cuando la sentencia impugnada traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional del tribunal *a quo*, lo que importa un menoscabo a las garantías consagradas en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos 317:1333, 329:5908).

De las constancias del expediente se desprende con toda claridad que el actor reclamó en su demanda que se aplicara el tope del art. 245 de la LCT que resultara más favorable para el trabajador (ver fs. 17). Luego la posterior decisión que implicó la supresión del tope legal con la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 violó el principio de congruencia.

Adviértase que el reclamo se fundó en que se aplique el tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, tenien-

do en cuenta que la actividad tenía características de viajante de comercio y por ello reclamó adicionales correspondientes a esa categoría, pero como en la relación se lo reconocía como Agente de Propaganda Médica cuyo tope es más favorable y, a su vez, la Corte había fijado otro en el precedente “Vizzoti”, entonces solicitó que de los tres posibles (a saber: el de Viajantes de Comercio, según la Resolución n° 1970/08 es de \$ 6.480, el de Agentes de Propaganda Médica, Resolución n° 1140/08 es de \$ 9.150; o el fijado por el precedente “Vizzoti”, o sea una merma de 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual $-9.854,77-33\% = \$ 6.602,69-$) se aplicara aquél que fuese más favorable al trabajador.

En tales condiciones, sólo con un apartamiento palmario de las pretensiones de las partes se pudo resolver el caso descartando la aplicación de un tope cuando se había solicitado que se aplique aquél que resulte más favorable al trabajador. Tal defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, pues esa facultad no los habilita a dictar sentencias que transgredan el principio de congruencia (Fallos: 329:5903, 332:1078, entre otros).

Esa Corte señaló que el principio de congruencia, como expresión del derecho de propiedad y de la defensa en juicio, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso esté orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos; de ahí que lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales -sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias (Fallos 329:5903).

Resta agregar que lo manifestado no implica anticipar criterio sobre la solución que, en definitiva, proceda adoptar sobre el fondo del problema; extremo que, por otro lado, como se dijo al dictaminar, entre muchos, el precedente de Fallos: 324:4178, es potestad exclusiva de las instancias competentes en tales materias, ajenas a la vía extraordinaria del artículo 14 de la ley n° 48, sin perjuicio de que la índole de la propuesta me exima de tratar los restantes agravios.

-IV-

Por todo ello, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y devolver los autos al Tribunal de origen a fin de que, por quien proceda, se dicte nuevo pronunciamiento con el alcance indicado. Buenos Aires, 15 de abril de 2013. *M. Alejandra Cordone Rosello.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Mansilla, Carlos Eugenio c/ Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros s/ despido”.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dispuso “(m)odificar el fallo de grado” —que había rechazado el reclamo del actor— y resolvió “hacer lugar a la demanda interpuesta contra Fortbenton Co. Laboratories S.A.”, declarando la inconstitucionalidad del tope establecido en el segundo párrafo del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. Contra dicho pronunciamiento, la vencedora dedujo el recurso extraordinario federal, que resultó concedido (fs. 2191/2208 y 2249, respectivamente).

2º) Que al decidir de ese modo, la alzada concluyó que la prueba rendida demostraba que el actor debía ser categorizado como un viajante de comercio y no como un agente de propaganda médica. Seguidamente consideró “la resolución N° 29/2008 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social”, que establece un “tope indemnizatorio” de \$ 5.166, circunstancia que la motivó a “replantear el debatido tema de los topes”. Expresó, al respecto, que “por medio de esta técnica, el (l)egislador ha buscado superar la hipótesis de confiscatoriedad cuando el pago de una indemnización, por accidente o por despido, deja prácticamente exangüe las arcas del empleador” (fs. 2198).

Luego de evocar diversos pronunciamientos de esta Corte vinculados a dicho asunto, reiteró que “...el (l)egislador ha buscado con la política de topes evitar un efecto devastador en la economía de la empresa, el que se produciría con el pago de indemnizaciones por despido realizadas con el cálculo habitual. Este impacto se ve particularmente reforzado, cuando se trata de salarios de mayor envergadura y antigüedades prolongadas” (fs. 2199).

Expresó que “la *razonabilidad* del tope en el caso concreto sólo puede ser medida en relación con las circunstancias personales del trabajador, según las cuales la indemnización que le hubiera corres-

pondido percibir de conformidad con su haber mensual, por 13 años de trabajo (...) alcanzaba a la suma de \$ 128.112,01; sin embargo, por aplicación del tope recibiría tan solo \$ 67.158”. Sobre esas premisas, sostuvo que “la diferencia de \$ 60.954,01, que termina quedando en manos de la empresa”, mal puede tener por objetivo poner en riesgo la seguridad empresarial, “(m)ientras que, por el otro lado, despoja al trabajador de un derecho adquirido, lo cual no se justifica por criterio compensatorio alguno de daño irrogado o irrogable a la contraparte” (fs. 2200).

Aclaró que compartía los fundamentos, “aunque no la proporción de la confiscatoriedad expresada por la CSJN en la causa ‘Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A.’, del 14/9/04” dadas las características de la presente causa, “por entero disímiles” a las de ese precedente. Adujo que se habían violentado los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, por lo que “no correspond(ía) aplicar el tope del artículo 245 de la LCT” (fs. 2200 y 2201).

3°) Que la recurrente se agravia, en síntesis, por la declaración “de oficio de la inconstitucionalidad de una norma del Congreso cuando tal norma estaba avalada en su constitucionalidad por la propia parte actora”, con menoscabo al principio de congruencia, al debido proceso, a la defensa en juicio y al derecho de propiedad (fs. 2216). Alega que se ha fallado *extra petita*, puesto que la demandante, en su escrito de inicio, expresó “que va a indicar el tope indemnizatorio a aplicar” y —enfatisa— “no cualquier tope, sino el tope indemnizatorio en el marco del convenio colectivo 119/75, de agentes de propaganda médica...” (fs. 2228 vta./2229 y 2233 vta.). Por otro lado, señala que la prueba rendida fue valorada arbitrariamente y que, de tal modo, no se esclareció debidamente cuál fue la principal actividad del actor, a quien cabía considerar como un agente de propaganda médica y no como un viajante de comercio.

4°) Que, preliminarmente, es preciso remarcar que al conceder el remedio federal (fs. 2249), la Sala a quo señaló que la demandada se había agraviado con sustento en que “este Tribunal procedió a declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT, cuando dicha norma no fue cuestionada por el actor al demandar”, aludió a la vulneración de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional planteada por dicha parte como un acto de “gravedad institucional” y, finalmente, estableció que el recurso era formalmente admisible, toda vez que “la

decisión ha sido contraria a la validez de aquellas normas (art. 14, inc. 1° de la ley 48)”.

Sobre este aspecto, es evidente que solo una apreciación superficial del sub examine pudo permitir a la cámara arribar a tal conclusión. En efecto, las argumentaciones del remedio federal se vinculan con una forzada apreciación del material probatorio, por un lado, y con la vulneración al principio de congruencia —ante la explícita conformidad del actor con los límites máximos establecidos por el art. 245 citado, expresada al inicio de las actuaciones—, por otro (fs. 2233 y 2229, respectivamente). Nada de ello, por cierto, se relaciona con la cuestión federal típica que predica el auto de concesión.

Dicho de otro modo: la recurrente se agravió, en lo que interesa, por la declaración de invalidez constitucional ya referida, de lo que derivó considerar la remuneración del actor sin deducción alguna, **cuando este último, al demandar, había solicitado la aplicación de un “tope” determinado entre varios propuestos (fs. 17/17 vta.)**. En tales condiciones, la especificidad del problema planteado no pudo identificarse, como simplificada y fragmentariamente afirmó la alzada, con la genérica ausencia de un planteo de inconstitucionalidad por parte de la actora.

Siendo ello así, la ambigüedad de la resolución en examen, que no alude a la tacha de arbitrariedad claramente planteada, no puede tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente (Fallos: 314:1202; 318:1428; 319:2264; 321:1909, 3620; 323:2245), por lo que no cabe sino aplicar la reiterada doctrina que, con base en la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio, justifica que esta Corte considere los agravios de la recurrente, aunque no se haya interpuesto recurso de queja.

5°) Que, sentado lo anterior, en lo atinente a la calificación del actor como viajante de comercio y a la valoración de la prueba rendida que efectuó la cámara para arribar a dicha conclusión, el recurso extraordinario es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En cambio, el remedio federal es procedente en los demás términos en que ha sido promovido, pues si bien es cierto que la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y el alcance de las peti-

ciones de las partes constituyen extremos de índole fáctica y procesal ajenos al recurso extraordinario, ello no impide admitir la apertura del recurso federal cuando la sentencia impugnada traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional del tribunal con menoscabo de garantías consagradas en la Constitución Nacional. Como tuvo oportunidad de señalar la Corte en Fallos: 331:2578, “la vigencia real de la garantía constitucional de la defensa en juicio, reclama el acatamiento del denominado principio de congruencia o correspondencia” (Fallos: 237:328; 256:504, entre muchos otros).

6°) Que, como se adelantó, la cámara sostuvo su decisión en “el replanteo” del “debatido” tema de los topes (fs. 2198) y argumentó profusamente —fs. 2198/2201— a favor de la inconstitucionalidad del mentado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, de tal suerte que consideró la remuneración del trabajador sin mengua alguna (fs. 2203). **Tales razonamientos ignoraron que la plataforma fáctica del debate reclamaba considerar que el actor, al demandar, propuso la aplicación de un tope determinado** (cfr. fs. 17/17 vta.).

Por cierto, en la pieza procesal aludida —de modo inequívoco— el demandante describió de manera precisa cuáles podían ser los límites a imponer a su remuneración: 1°) los derivados del fallo “Vizzoti” de esta Corte; 2°) los que surgen de la resolución 1970/08 —aplicable a los viajantes de comercio— y 3°) los derivados de la resolución 1140/08 —relativa a los agentes de propaganda médica—. Seguidamente y sobre la base del principio “*in dubio pro operario*”, el actor efectuó un cálculo de su crédito según la mencionada resolución 1140/08, por resultar la “más favorable”, entre todas las planteadas (fs. 17 vta.).

De tal modo, lo resuelto acerca de la inconstitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo importó un claro apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis, lo cual es inconcebible dentro de una racional administración de justicia, según clásica definición dada por esta Corte hace más de cincuenta años en la causa “Estrada, Eugenio” (Fallos: 247:713) y reiterada hasta sus pronunciamientos más recientes (T.471.XLVII “Tello, María Luisa c/ Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares s/ amparo”, sentencia del 30 de abril de 2013).

7°) Que, al respecto, es del todo propicio evocar lo establecido en la causa R.401.XLVIII “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejér-

cito Argentino s/ daños y perjuicios”, fallada por esta Corte el 27 de noviembre de 2012. En esa oportunidad, se expresó que “el control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (confr. casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña” y “Gómez Lund y otros”, citados en el considerando 12 de la sentencia examinada). Se enfatizó que **“el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que se irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación”**. En este sentido, —se remarcó— **“se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera”**. Como puede apreciarse, **“el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control”** (considerando 13 voto de la mayoría, cit., énfasis agregado).

8°) Que todo lo anterior, sumado a las claras directrices del precedente recién transcripto, imponen la descalificación del pronunciamiento impugnado como acto jurisdiccional válido, toda vez que la alzada ha venido a conceder algo que el propio interesado había resignado. Ha traspuesto, así, el campo de actuación que le es propio, sustituyéndose en la voluntad de una de las partes, con la consecuyente alteración del balance procesal, en detrimento de la contraria (Fallos: 331:2578, entre otros).

En tales condiciones resulta admisible la tacha de arbitrariedad que se apoya en las circunstancias señaladas, pues se verifica que la sentencia carece de argumentos serios y que los derechos constitucionales invocados guardan nexo directo o inmediato con el resuelto, según lo exige el art. 15 de la ley 48.

Por ello y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase.

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

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al modificar el fallo de grado, resolvió “hacer lugar a la demanda interpuesta contra Fortbenton Co. Laboratories S.A.” y declaró la inconstitucionalidad del tope establecido en el segundo párrafo del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

2º) Para así decidir, el a quo concluyó que la prueba rendida demostraba que el actor debía ser categorizado como un viajante de comercio y no como un agente de propaganda médica. Seguidamente los jueces expresaron que “la resolución N° 29/2008 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social” que establece un “tope indemnizatorio” de \$ 5.166 los llevaba a “replantear el debatido tema de los topes”. Expresaron, que por medio de esta técnica, el legislador había buscado superar la hipótesis de confiscatoriedad cuando el pago de una indemnización, por accidente o por despido, dejaba prácticamente exangüe las arcas del empleador (fs. 2198).

Posteriormente, citaron distintos pronunciamientos de esta Corte vinculados a dicho asunto, y recordaron que el legislador había buscado con la política de topes evitar un efecto devastador en la economía de la empresa, el que se produciría con el pago de indemnización por despido realizada con el cálculo habitual (fs. 2199).

Estimaron luego, que en el caso, el resultado económico de la indemnización alcanzaba la suma de \$ 128.112,01 pero por aplicación del tope recibiría tan solo \$ 67.158. Concluyeron que de aplicarlo, se despojaría al trabajador de un derecho adquirido (fs. 2200) y recurrieron a los fundamentos del precedente “Vizzoti”, aunque no la proporción de confiscatoriedad allí establecida y determinaron la indemnización por antigüedad sin el tope del art. 245 de la LCT.

3º) Contra dicho pronunciamiento, la vencida dedujo el recurso extraordinario federal (fs. 2216/2235), que resultó concedido (fs. 2191/2208 y 2249, respectivamente).

En lo que interesa, la recurrente se agravia de la sentencia de la cámara con sustento en que se trata de un fallo “*extra petita*” ya que los jueces trataron un punto no planteado y de oficio declararon la inconstitucionalidad de una norma dictada por el Congreso (art. 245 de la LCT).

En otro orden de ideas, recuerda que en la demanda el accionante afirmó ser “Agente de Propaganda Médica” dadas sus labores de promoción y difusión de productos regulado por el Convenio Colectivo 119/75, motivo por el cual impugnaba por arbitraria la afirmación de la alzada en punto a que resultaba ser un viajante de comercio contemplado por el Convenio Colectivo 308/75 así como también que haya admitido por un lado, las diferencias salariales con fundamento en este acuerdo de Viajantes y, por el otro, reconocido para el cálculo de las indemnizaciones por despido el convenio de Agentes de Propaganda Médica.

4º) El agravio expresado en el recurso extraordinario por la empresa recurrente por la declaración de invalidez constitucional del art. 245 de la LCT, configura cuestión federal, pues ha alegado que en el escrito de demanda el propio actor había expresado su explícita conformidad con los límites máximos que la norma establece, circunstancia que le impidió ejercer su defensa en juicio afectándose su derecho de propiedad (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional).

En tales condiciones, el recurrente ha fundado su posición en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, tal como han sido interpretados por esta Corte, y la decisión resultó contraria al derecho invocado (art. 14 inciso 3° de la ley 48).

5º) Como ya se explicara, el señor Mansilla en su escrito de inicio solicitó concretamente la aplicación del tope del art. 245 de la LCT que le resultara más favorable entre el fijado para los Viajantes de Comercio, Agentes de Propaganda Médica o el determinado en “Vizzoti” (ver fs. 17). Aclaró, que cualquiera de los tres podía corresponderle pues su actividad tenía características de viajante de comercio, aunque era reconocido como Agente de Propaganda Médica.

6º) Dadas así las cosas, se advierte que el pronunciamiento de la cámara que fijó la indemnización por antigüedad sin el tope del art. 245 de la LCT implicó ir más allá de su competencia puesto que se pronunció sobre un punto que ni siquiera había sido objeto de reclamo —por el contrario se había aceptado concretamente su aplicación—, lo cual implicó la afectación del derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional) de la empresa demandada en violación al principio de congruencia y defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).

Por ello, y en concordancia con lo dictaminado con la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada con los alcances indicados. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Fortbenton Co. Laboratories S.A.**, representada por el Dr. **Ramiro Traviesas (apoderado)**.

Traslado contestado por **Carlos Eugenio Mansilla**, representado por la Dra. **Diana González Cariboni**.

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

P.T.,G. c/ ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD
SOCIAL S/ PENSIONES

RECURSO EXTRAORDINARIO

Aun cuando los agravios de la recurrente se vinculen con cuestiones de hecho y prueba, ajenas como regla y por su naturaleza a la vía de excepción intentada, ello no resulta óbice para habilitar la instancia federal, cuando lo decidido prescinde de prueba conducente y desatiende los fines tuitivos de la legislación previsional, con grave menoscabo de las garantías constitucionales, lo que acontece en el caso, toda vez que la sentencia de laalzada -que rechazó la demanda incoada por la actora tendiente a obtener el beneficio de pensión ante el deceso de su progenitora- no constituye una derivación razonada del derecho vigente en tanto omitió considerar prueba eventualmente conducente para la dilucidación del caso.

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

PENSION

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda incoada por la actora tendiente a obtener el beneficio de pensión ante el deceso de su progenitor y ordenar a ANSES que otorgue tal beneficio, pues si el peticionante se encuentra afectado de ceguera a extremos de que su imposibilidad física para el trabajo, juzgada con criterio razonable, es definitiva; y si a ello se añade la escasa remuneración que percibe, bien se observa que su caso -demostrativo por igual, así, de un noble empeño por obtener su propio sustento y de la escasa posibilidad económica que ese empeño traduce- encuadra dentro de las humanas previsiones de amparo contenidas en la ley, a lo que cabe agregar, el certificado de discapacidad adjuntado en el cual se consigna la imposibilidad para realizar tareas laborales competitivas dada la minusvalía que padece.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Los magistrados integrantes de la sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social, resolvieron revocar la sentencia de la anterior instancia y así, rechazaron la demanda incoada por la actora tendiente a obtener el beneficio de pensión ante el deceso de su progenitora (v. fs. 14/5 del cuaderno principal al que me referiré salvo aclaración en contrario).

Para así decidir concluyeron que, si bien no era un hecho controvertido que la actora sea una persona no vidente, surgía de las constancias de la causa que, por un lado, realizó trabajos remunerados los cuales le proporcionaron al menos un ingreso mínimo para solventar sus necesidades, y por ende no encuadraría en la excepción contemplada en el art. 53, inc. e) de la ley 24.241; y de otro, que al haber contraído matrimonio, y divorciarse previo al fallecimiento de su madre sin hacer la pertinente reserva de los alimentos que le correspondieran, interpretaron que dicha renuncia resultaba contradictoria a la pretensión de quién reclama un beneficio de naturaleza alimentaria. A ello agregaron que en autos no se encontraba probado que su progenitora solventaba los gastos de su manutención.

Contra tal pronunciamiento, la actora dedujo recurso extraordinario, el que denegado dio lugar a la presente queja (v. fs. 17/20, 21, 23/5).

- II -

La recurrente entiende que el fallo en crisis es arbitrario porque omite considerar prueba conducente para la solución del caso, a la vez que se violan los derechos a la protección de la familia y a la propiedad consagrados en los artículos 14 bis y 17 de la Constitución Nacional.

En síntesis, se agravia con respecto a la valoración que la alzada realiza sobre la incapacidad física que padece. Afirma que ante el accidente automovilístico que sufrió cuando tenía veinte años que le produjera ceguera y sordera, su padre la incentivó para que realice alguna actividad a los efectos de no caer en un estado depresivo, por tales motivos, decidió perfeccionarse como masajista, y así ocasionalmente prestar sus servicios a personas allegadas a su vínculo privado.

En relación al hecho de haber contraído matrimonio y luego divor-

ciarse, se agravia también pues, atento a la apreciación que los magistrados efectúan, no repararon en lo manifestado en su escrito de demanda. La omisión de realizar una reserva sobre los alimentos a los cuales tiene derecho, se debió a un incorrecto asesoramiento de su letrada, quien mantenía una relación de amistad con su exmarido, y al ser ella una persona no vidente y desconocer el derecho, confió en su patrocinio que nada dijo sobre tal reserva. Asimismo, indica que dado a los escasos ingresos de su ex marido, nunca dejó de tener manutención económica por sus padres, hasta el hecho de convivir antes, durante y después de divorciada en la morada de éstos, conforme surge de la prueba documental y testimonial agregada.

Finalmente respecto a su derecho de pensión, aduce que su incapacidad ya se manifestaba al momento de producirse el fallecimiento de su padre -03/06/1992- y siendo su madre la que pasó a percibir la pensión, ocurrido el deceso de ella, es que se presentó a solicitar se le conceda tal beneficio -es decir, el de su padre, y en su defecto el de su madre- dado que en la actualidad vive de la caridad.

- III -

Cabe precisar aquí que V.E. tiene reiteradamente dicho que aun cuando los agravios de la recurrente se vinculen con cuestiones de hecho y prueba, ajenas como regla y por su naturaleza a la vía de excepción intentada, ello no resulta óbice para habilitar la instancia federal, cuando lo decidido prescinde de prueba conducente y desatiende los fines tuitivos de la legislación previsional, con grave menoscabo de las garantías constitucionales (Fallos: 317:70, 946, entre muchos).

Considero que ello es lo que acontece en el *sub lite*, toda vez que la sentencia de laalzada no constituye una derivación razonada del derecho vigente en tanto omitió considerar prueba eventualmente conducente para la dilucidación del caso.

En efecto, el art. 53, inciso e) de la ley 24.241, en consonancia con los artículos 38, inciso 1°, ap. c) e inc. 2° y 39 de la ley 18.037 -texto ordenado por Res. De la Secretaría de la Seguridad Social n° 522- que regía al momento de fallecer el padre de la recurrente, hace mención al requisito de que el derechohabiente se encuentre incapacitado para el trabajo. En tal contexto y conforme surge del dictamen de la Comisión Médica 10-C, se indica que la disminución de la actora en su capacidad laborativa es del 100% y preexistente al 03/06/1992 fecha en que falleció su progenitor (v. fs. 25/6 del agregado 024-27-12889450-6-742-1 y fs. 13 del agregado misma numeración terminación 003-1).

En el caso, la sentencia recurrida consideró relevante para negarle a la actora el beneficio, la circunstancia que había desarrollado una tarea como masajista que le permitió obtener ocasionalmente algunos escasos ingresos. Ésta situación se corrobora con su inscripción como monotributista por un breve lapso y que la baja se produjo hace larga data (conforme surge de las declaraciones testificales de fs. 18 y 19; y fs. 32/3 respectivamente del agregado 024-27-12889450-6-003-1). Sin embargo, estimo que el desempeño de esa actividad ocasional no es óbice para impedirle acceder al beneficio de carácter alimentario que aquí se solicita.

Sobre el particular, tiene dicho V.E. que si el peticionante se encuentra afectado de ceguera a extremos de que su imposibilidad física para el trabajo, juzgada con criterio razonable, es definitiva; y si a ello se añade la escasa remuneración que percibe, bien se observa que su caso -demostrativo por igual, así, de un noble empeño por obtener su propio sustento y de la escasa posibilidad económica que ese empeño traduce- encuadra dentro de las humanas previsiones de amparo contenidas en la ley (Fallos: 242:172). A ello cabe agregar, el certificado de discapacidad que luce a fs. 16 del agregado 024-27-12889450-6-003-1, en el cual se consigna la imposibilidad para realizar tareas laborales competitivas dada la minusvalía que la actora padece.

Por otra parte, si bien el tribunal destacó como relevante la ausencia de reserva de alimentos por parte de la accionante en ocasión de su divorcio, no valoró los planteos presentados oportunamente relativos a que se encontraba separada de hecho con anterioridad al fallecimiento de ambos padres, la alegada deficiencia en el asesoramiento letrado al momento del divorcio, ni el estado de vulnerabilidad en la que se encuentra sin la asistencia de sus padres. Estos aspectos, merecían una especial consideración dadas las particulares circunstancias de la actora y la naturaleza alimentaria del beneficio en estudio.

- IV -

Por lo expuesto, y en atención a la doctrina sentada por V.E. respecto a que los jueces deben actuar con suma cautela cuando la litis trata sobre beneficios de naturaleza alimentaria (v. Fallos: 315:376, 2598; 319:2351, entre otros), opino que corresponde hacer lugar la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia y disponer que por medio de quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho y a lo apuntado en el acápite III del presente dictamen. Buenos Aires, 15 de marzo de 2013. *M. Alejandra Cordone Rosello.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa P. T., G. c/ Administración Nacional de la Seguridad Social”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios de la apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad.

Que atento a la índole de la prestación requerida en la demanda y en razón de que el trámite en esta causa resulta por demás dilatado, el Tribunal estima que en mérito a la ponderación de la prueba efectuada en el referido dictamen, corresponde acoger la pretensión de fondo y hacer lugar a la demanda en los términos solicitados.

Por ello, el Tribunal resuelve: declarar procedente la queja, admisible el recurso extraordinario y, en los términos del art. 16, segunda parte, de la ley 48, revocar la sentencia apelada, ordenando a la ANSeS que otorgue el beneficio de pensión solicitado. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.

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 Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA
CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta

queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y archívese.

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

Recurso de hecho interpuesto por **G. P. T.**, representada por la **Dra. Julia Rondinelli**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 1**.

UNION DE USUARIOS Y CONSUMIDORES c/ TELEFONICA
COMUNICACIONES PERSONALES SA LEY 24240 Y OTRO S/
AMP. PROC. SUMARISIMO (ART. 321 INC.2 C.P.C. Y C.)

TELEFONIA CELULAR

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda deducida por la Unión de Usuarios y Consumidores contra la empresa de servicio telefónico, con el objeto de que se ordene a dicha prestataria el cese de la imposición a los usuarios del servicio del pago de la “Tasa de control, fiscalización y verificación” y del “Aporte al fondo fiduciario del servicio universal” y asimismo, el reintegro de las sumas ya percibidas, pues el derecho cuya protección se procura es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111), de modo que existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos -imposición de tasa y aporte- a los usuarios y la pretensión de la recurrente está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de los sujetos afectados, en tanto la conducta cuestionada afectaría por igual a todos los usuarios del servicio de telefonía móvil prestado por la demandada.

-La Corte remite a los fundamentos del precedente “PADEC c/ Swiss Medical S.A s/ nulidad de cláusulas contractuales”, del 21/08/2013-.

TELEFONIA CELULAR

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda deducida por la Unión de Usuarios y Consumidores contra la empresa de servicio telefónico, con el objeto de que se ordene a dicha prestataria el cese de la imposición a los usuarios del servicio del pago de la “Tasa de control, fiscalización y verificación” y del “Aporte al fondo fiduciario del servicio universal” y asimismo, el reintegro de las sumas ya percibidas, pues de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda, ello así, ante la escasa significación económica de las sumas en cuestión, que individualmente consideradas, permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.

-La Corte remite a los fundamentos del precedente “PADEC c/ Swiss Medical S.A s/ nulidad de cláusulas contractuales”, del 21/08/2013-.

TELEFONIA CELULAR

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda deducida por la Unión de Usuarios y Consumidores contra la empresa de servicio telefónico, con el objeto de que se ordene a dicha prestataria el cese de la imposición a los usuarios del servicio del pago de la “Tasa de control, fiscalización y verificación” y del “Aporte al fondo fiduciario del servicio universal” y asimismo, el reintegro de las sumas ya percibidas, pues de la lectura de las normas constitucionales en cuestión se desprende que la interpretación que el tribunal a quo hizo de ellas, podría conducir a vaciar de contenido la protección que el art. 43 de la Constitución Nacional otorgó a los consumidores, al legitimar a las asociaciones para la defensa de sus derechos, y la Cámara no tuvo en cuenta que la diversidad en materia de intereses económicos es una característica que necesariamente se da entre los consumidores de cualquier producto o servicio, omitiendo considerar que toda afectación de los intereses del grupo repercutirá de manera distinta en sus integrantes, de acuerdo con la situación económica individual de cada uno de ellos.

-Voto del juez Enrique S. Petracchi-. Del precedente “PADEC c/ Swiss Medical S.A s/ nulidad de cláusulas contractuales”, del 21/08/2013, a cuyo voto remite-.

TELEFONIA CELULAR

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda deducida por la Unión de Usuarios y Consumidores contra la empresa de servicio telefónico, con el objeto de que se ordene a dicha prestataria el cese de la imposición a los usuarios del servicio del pago de la “Tasa de control, fiscalización y verificación” y del “Aporte al fondo fiduciario del servicio universal” y asimismo, el reintegro de las sumas ya percibidas, pues la legitimación activa de la entidad surge directamente del art. 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional de la acción de amparo en relación con este tipo de derechos, para promover el dictado de una sentencia con efectos sobre todo un grupo de personas que no son parte en el juicio, conclusión que no implica abrir juicio sobre el fondo del asunto.

-Voto de la jueza Carmen M. Argibay-. Del precedente “PADEC c/ Swiss Medical S.A s/ nulidad de cláusulas contractuales”, del 21/08/2013, a cuyo voto remite-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la demanda deducida por la Unión de Usuarios y Consumidores contra Telefónica Comunicaciones Personales S.A., con el objeto, en cuanto resulta pertinente -y en los términos del escrito de inicio-, de que se ordene a dicha prestataria: el cese de la imposición a los usuarios del servicio del pago de la “Tasa de control, fiscalización y verificación” y del “Aporte al fondo fiduciario del servicio universal” y, asimismo, el reintegro de las sumas percibidas por tales conceptos, más intereses (v. fs. 2 y 345/350).

Para así decidir, el tribunal sostuvo que la legitimación de la personas indicadas en el artículo 43 de la Constitución Nacional se hallaba limitada a los supuestos en que se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva, más no derechos subjetivos, individuales, divisibles y disponibles por los ciudadanos, usuarios o consumidores, como, afirmó, es el caso de autos.

En este punto, los magistrados resaltaron que como consecuencia del desistimiento de la acción deducida contra el Estado Nacional por

la parte actora, con motivo del dictado de la Resolución de la Secretaría de Comunicaciones N° 279/01 (B.O. 10/08/01), que ordenó a todas las compañías prestadoras de telefonía móvil el cese en la práctica de individualizar en la facturación a sus clientes los importes correspondientes a la Tasa de Verificación y Aporte al Fondo del Servicio Universal, la pretensión quedó reducida a la restitución -a un número determinado de usuarios- de las sumas facturadas en concepto de la “Tasa de control, fiscalización y verificación”.

Los jueces entendieron que de los artículos 52, 55 y 56, inciso e), de la Ley N° 24.240, surge que la legitimación para reclamar es sólo de su titular y sólo cuando se afecten derechos colectivos o difusos, que —a su juicio— no es el supuesto de autos, podrían accionar judicialmente las asociaciones de consumidores o usuarios legalmente inscriptas.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, Unión de Usuarios y Consumidores dedujo recurso extraordinario, que fue concedido (fs. 354/373 y 389). En ajustada síntesis, sostiene que existe cuestión federal, en tanto se encuentra en tela de juicio la interpretación de normas constitucionales (en particular, el art. 43 C.N.).

En particular, aduce que la Cámara para rechazar la legitimación colectiva de la parte actora, se sustentó en que la legitimación reconocida en la Ley N° 24.240 debe entenderse vinculada a la categoría de “derechos de incidencia colectiva” reconocidos en la Constitución Nacional en relación con la tutela del amparo colectivo (art. 43, C.N.), omitiendo toda consideración a los derechos constitucionales de los usuarios y consumidores, reconocidos por el artículo 42 de la Constitución nacional, cuya vulneración motiva el caso de autos.

Argumenta que la divisibilidad y la patrimonialidad no impiden ni obstaculizan, la configuración de los derechos de incidencia colectiva —individuales homogéneos— pues esta categoría involucra también intereses patrimoniales, en particular relativos a relaciones de consumo, y en la medida en que se manifiesten en situaciones de homogeneidad frente a una causa común de afectación y se verifiquen dificultades de defensa y protección en términos individuales, especialmente relativas al eficaz acceso a la justicia. Afirma que todo ello se encuentra configurado en el *sub lite*, donde la imposición ilegítima a los usuarios de la “Tasa de Control, Verificación y Fiscalización” y el “Aporte al Fondo Fiduciario del Servicio Universal” que constituirían tributos a cargo de la prestataria, equivalen al 1,5% de la facturación, y,

en consecuencia, los costos de tiempo, recurso, información y gestión de un reclamo, son diametralmente mayores que la significación individual del reintegro.

Además, la recurrente señala que la tutela colectiva de los derechos de los usuarios y consumidores está reconocida expresamente por el artículo 43 de la Constitución Nacional, sin restricción alguna vinculada con la patrimonialidad o la divisibilidad de tales derechos, sin perjuicio que la presente acción, aclara, fue promovida en los términos de los artículos 52 y 55 de la Ley N° 24.240 (no se trata de una acción de amparo colectivo). En este sentido, afirma, se ha expedido el Máximo Tribunal, contrariamente a lo expuesto por la alzada (cita, entre otros, el voto del ministro doctor Juan Carlos Maqueda en Fallos 330:2800).

Desde otro lado, alega que la interpretación efectuada por la Cámara anula la actuación futura de la Unión de Usuarios y Consumidores, ya que su objeto es la defensa de los derechos de los usuarios.

- III -

En primer lugar, y habida cuenta que las cuestiones materia de recurso, en orden a la interpretación de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional en relación con la legitimación de las asociaciones de consumidores en acciones como la aquí entablada en los términos de la Ley N° 24.240, resultan sustancialmente análogas a las estudiadas por esta Procuración General con fecha 30 de marzo de 2009, en la causa “Padec c/ Swiss Medical S. A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” (S.C. P 361; L. XLIII), compartiendo los fundamentos del Máximo Tribunal en el precedente de Fallos: 332:111 “Halabi”, me remito a sus términos y conclusiones, en razón de brevedad.

Entonces, subyacen los aspectos que hacen al fondo del asunto, vinculados con la procedencia -o no- de la pretensión de la asociación actora, que no han sido tratados por la alzada, dada la resolución que adoptó en orden a la legitimación activa, más allá de la referencia que a fojas 350 efectuó el tribunal respecto del alcance del objeto de la demanda (que no se ajusta estrictamente a lo pretendido por la Unión de Usuarios y Consumidores, conforme surge de fs. 316, 357). Considero que ello es así, desde que tal mención no posee habilidad para limitar la pretensión, sino que formó parte de una exposición de hechos en el marco de la fundamentación del rechazo de la legitimación de la actora.

- IV -

Por las consideraciones que anteceden, soy de opinión de que corresponde revocar la sentencia apelada y devolver los autos al tribunal de origen, para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento respecto del fondo del asunto. Buenos Aires, 4 de mayo de 2010.
Marta A. Beiró de González.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de marzo de 2014..

Vistos los autos: “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. – ley 24.240 y otro s/ amp. proc. sumarisimo (art. 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)”.

Considerando:

1º) Que la asociación civil “Unión de Usuarios y Consumidores” promovió demanda en los términos del art. 53 de la ley 24.240 contra Telefónica Comunicaciones Personales S.A., con el fin de que cese su conducta de imponer a los usuarios de sus servicios el pago de la “Tasa de Control, Fiscalización y Verificación” (la “tasa”) y del “Aporte al Fondo Fiduciario del Servicio Universal” (el “aporte”), y a restituirles las sumas ilegítimamente percibidas por tales conceptos durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2001 y la fecha en que se produjera el efectivo cese del obrar cuestionado.

Si bien la acción también fue dirigida contra el Estado Nacional, a fin de que se lo obligara a cumplir con su deber de controlar la actividad empresarial de la prestadora del servicio de telefonía móvil, posteriormente la asociación desistió de tal pretensión, en el entendimiento de que había desaparecido la situación que la motivaba, pues, al dictar la resolución 279/01 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación —por la que se intimó a todas las prestadoras de telefonía móvil a cesar en la práctica de individualizar los importes correspondientes a la “tasa” y el “aporte” en la facturación a sus clientes—, la administración había ejercido en forma adecuada su deber de contralor.

2º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal consideró que la asociación no se encontraba legitimada para deducir una acción colectiva como la intentada en autos y, en consecuencia, revocó la sentencia de la jueza de primera instancia, por la que se había hecho lugar a la demanda y ordenado a Telefónica Comunicaciones Personales S.A. que se abstuviera de facturar a sus clientes cualquier suma que implicara el traslado de la “tasa” y del “aporte”, y que devolviera los importes que había cobrado en tales conceptos.

Para decidir de ese modo, el *a quo* sostuvo que la ampliación del universo de sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo, tradicionalmente circunscripto a los titulares de un derecho subjetivo individual, operada en la reforma constitucional de 1994, había sido establecida como medio para la protección de los derechos de incidencia colectiva, y no para permitir un reemplazo de los particulares en la defensa de sus derechos patrimoniales. En ese sentido, afirmó que la legitimación de las personas indicadas en el art. 43 de la Constitución Nacional, entre las que se menciona a las asociaciones que propendan a la protección de los consumidores, se encontraba limitada a los supuestos en los que se encontraran comprometidos derechos de incidencia colectiva, pero no derechos subjetivos, individuales o exclusivos de los usuarios o consumidores. Añadió que del juego armónico de los arts. 52, 55 y 56 de la ley 24.240 surgía que en caso de lesión directa a un derecho subjetivo individual, solo su titular tenía legitimación procesal para efectuar un reclamo judicial. En consecuencia, concluyó que, con el desistimiento de la demanda respecto del Estado Nacional, el planteo incoado en autos había quedado circunscripto a la restitución, a un número determinado de usuarios, de las sumas facturadas en concepto de “tasa”, de manera que el objeto de la pretensión concernía a un derecho de carácter patrimonial, subjetivo, individual, divisible y disponible únicamente por su titular (fs. 345/350 vta.).

3º) Que contra esa decisión, la actora interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 354/373 vta., que fue concedido a fs. 389, por encontrarse cuestionada la interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional.

4º) Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte son sustancialmente análogas a las examinadas en la causa P361.XLIII, “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”,

fallada el 21 de agosto de 2013, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde, en lo pertinente, remitir en razón de brevedad.

5º) Que ello es así pues el derecho cuya protección procura la actora en el sub examine es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada por esta Corte en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111).

En efecto, en el *sub lite* existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos: la imposición por parte de Telefónica Comunicaciones Personales S.A. de la “Tasa de Control, Fiscalización y Verificación” y del “Aporte al Fondo Fiduciario del Servicio Universal” a sus usuarios.

Además, la pretensión de la actora está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de los sujetos afectados, en tanto la conducta cuestionada afectaría por igual a todos los usuarios del servicio de telefonía móvil prestado por la demandada.

Asimismo, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, pues no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así puesto que la escasa significación económica de las sumas en cuestión, individualmente consideradas, permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. Así lo demuestran las constancias de fs. 44/45, de las que surge que, en el caso del usuario allí individualizado, las sumas abonadas en concepto de “tasa” fueron de \$ 0,96 y \$ 1,48, para los meses de enero y marzo de 2001.

Por otra parte, el reclamo deducido en autos se enmarca dentro del objeto estatutario de la asociación actora, en tanto ésta declara entre sus propósitos “difundir y defender los derechos de los usuarios y consumidores que resultan del artículo 42 de la Constitución Nacional, promoviendo la protección de su salud, seguridad e intereses económicos de los mismos y a una información adecuada y veraz...” (cfr. art. 2º del estatuto, obrante a fs. 31).

Por todo lo expuesto, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte resultan sustancialmente análogas a las examinadas en la causa P361.XLIII. “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, fallada el 21 de agosto de 2013 —voto del suscripto—, a cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte resultan sustancialmente análogas a las examinadas en la causa P361.XLIII. “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, fallada el 21

de agosto de 2013 —voto de la suscripta—, a cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario deducido por la **Unión de Usuarios y Consumidores, actor en autos**, representada por el **Dr. Horacio Luis Bersten**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Gustavo Daniel Maurino y José Alejandro Bemby**.

Traslado contestado por: **Telefónica Móviles Argentina S.A., demandado en autos**, representado por el **Dr. Diego Andrés Alonso**, con el patrocinio letrado del **Dr. Gastón Gómez Buquerín**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 8, Secretaría n° 15**.

**BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES c/ DNCI DISP.
622/05 (EXP. 29184/02)**

BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Corresponde confirmar la sentencia que convalidó la disposición de la Dirección Nacional de Comercio Interior por la que se impuso al Banco de la Provincia de Buenos Aires sanciones de multa por infracción a los arts. 4° y 19 de la ley 24.240 y al art. 27 de la ley 25.065 ya que la exención de los gravámenes a los que se refiere el art. 4° de la ley provincial 9434 -Carta orgánica de la citada entidad- no guardan relación con el comportamiento del banco respecto del cumplimiento de normas de derecho común y frente a la vulneración de las garantías constitucionales de los consumidores.

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

BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Las características del sistema del derecho del consumidor, de fuente constitucional, autónoma y claramente protectoria, sumadas al hecho de que el Banco de la Provincia de Buenos Aires no cuestionó la aplicación de la ley 24.240 -ya que solo pretende su aplicación parcial, en tanto intenta desconocer la autoridad de aplicación prevista en ese ordenamiento normativo-, impiden concluir que al imponer las sanciones de multa por infracción a los arts. 4° y 19 de la ley 24.240 y al art. 27 de la ley 25.065 se haya afectado la reserva formulada en la última parte del art. 121 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias allí diseñada (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que confirmó la aplicación de multas por parte de la Dirección Nacional de Comercio Interior al Banco de la Provincia de Buenos Aires en virtud de los arts. 4° y 19 de la ley 24.240 y 27 de la ley 25.065 ya que equiparó a dicha entidad con cualquier particular sin contemplar las especiales circunstancias que hacen a su status jurídico y sin tener en cuenta que la provincia goza de suficientes prerrogativas para aplicar la ley nacional de defensa del consumidor en su jurisdicción y está facultada para aplicar sanciones al banco, que es una entidad autárquica autónoma de derecho público provincial -según lo establecido en los arts. 1° y 8° de la ley local 9434- (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Contra la sentencia de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 146/148) que al desestimar el recurso de apelación interpuesto, en los términos del art. 45 de la ley 24.240, por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, confirmó la disposición DNCI (Dirección Nacional de Comercio Interior) 622/2005 por la

que se impuso a la entidad bancaria la sanción de multa de \$ 2400 (pesos dos mil cuatrocientos) y de \$ 1300 (pesos mil trescientos) por infracción a los arts. 4° y 19 de la ley 24.240 y al art. 27 de la ley 25.065, respectivamente, el banco interpuso el recurso extraordinario de fs. 157/167, que fue concedido a fs. 181 en cuanto a la aplicación del régimen sancionatorio previsto en la ley 24.240 respecto de dicha entidad, sin que el rechazo del planteo de arbitrariedad de sentencia diera motivo a queja alguna.

El apelante sostiene, en lo que aquí interesa, que el Banco de la Provincia de Buenos Aires desconoce las facultades sancionatorias de la Dirección Nacional de Comercio Interior otorgadas por la ley 24.240 en razón de que el art. 4° de la ley provincial 9434 —Carta Orgánica de la citada entidad— dispone que está exento de todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza.

- II -

En mi concepto, el agravio que formula el recurrente suscita cuestión federal bastante para la apertura de la instancia prevista en el art. 14 inciso 3° de la ley 48, toda vez que se encuentra en tela de juicio la aplicación de la ley 24.240, de naturaleza federal —en cuanto al régimen de sanciones que establece y a las competencias que atribuye a la autoridad de aplicación nacional— al Banco de la Provincia de Buenos Aires, y la sentencia definitiva del Superior Tribunal de la causa es contraria al derecho del apelante.

En cuanto al fondo discutido, considero que asiste razón a la alzada cuando sostiene que la exención de los gravámenes a los que se refiere la ley local tienen una naturaleza jurídica diferente a la que reviste la sanción de multa impuesta por la Dirección Nacional de Comercio Interior y que su actuación en cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor —de orden público, de derecho común y operativas de los nuevos derechos a la Constitución Nacional (art. 42) incorporados con la reforma de 1994— no se contraponen con aquella reservada a la Provincia de Buenos Aires, por el Pacto de San José de Flores, de legislar y gobernar el Banco homónimo.

En efecto lo decidido no afecta, desde mi punto de vista, el status jurídico, de la entidad bancaria local como institución autárquica de derecho público ni limita las exenciones de las que goza en virtud de la reserva constitucional, en tanto los privilegios invocados no guardan relación con el comportamiento del banco respecto del cumplimiento de normas de derecho común y frente a la vulneración de las garantías constitucionales de los consumidores.

Por lo demás, no se me escapa que el agravio traído en recurso ante V.E. podría entenderse ya consentido en sede administrativa. Ello así porque si bien consta que en su primera presentación ante el Ministerio de Economía de la Nación (fs. 10/11) el Banco de la Provincia de Buenos Aires planteó la inaplicabilidad de la legislación nacional, ello le fue resuelto negativamente (fs. 22) para lo cual se acompañó, como fundamento, copia del dictamen DGAJ-DEL III N° 1433 (referido a un tema análogo). Dicho acto interlocutorio fue notificado a la parte, según constancias de fs. 23 y vta., sin que haya sido cuestionado.

Cabe aclarar que el banco tampoco se agravio de dicha decisión al presentar su descargo en el sumario que se le inició por las presuntas infracciones a los regímenes de defensa del consumidor (ley 24.240) y de tarjetas de crédito (ley 25.065) y que culminó con el dictado de la disposición DNCI (Dirección Nacional de Comercio Interior) 622/2005 recurrida en este proceso.

Más aun, de la lectura del mencionado escrito de descargo (fs. 39/41) —que fue tenido por presentado fuera de término a fs. 60, resolución ésta que, notificada a fs. 61 y vta., tampoco fue motivo de cuestionamiento alguno por los representantes del banco— no surge agravio alguno a la aplicación de la ley 24.240, antes bien, la entidad se defiende de la sinrazón de las multas y solicita su desestimación con el aporte de la documentación que considera que hace a su derecho.

- III -

Por lo expuesto, opino que corresponde admitir formalmente el recurso extraordinario y confirmar la sentencia de fs. 146/148. Buenos Aires, 2 de febrero de 2009. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 19 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ DNCI – Disp. 622/05 (exp. 29.184/02)”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los argumentos y conclusiones del dic-

tamen de la señora Procuradora Fiscal, al cual se remite por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con el referido dictamen, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que el Director Nacional de Comercio Interior, mediante disposición 622/05, impuso dos multas al Banco de la Provincia de Buenos Aires: una, por infracción a los arts. 4° y 19 de la ley 24.240, a raíz de un cargo que le cobró a un cliente sin previsión contractual, como era el cargo por extravío de tarjeta de crédito —cuando en realidad la tarjeta había sido retenida por un cajero electrónico—; la otra, por transgresión al art. 27 de la ley 25.065, en tanto no cumplió el procedimiento para cuestionar la liquidación de dicha tarjeta (arts. 1° y 2°). Además, ordenó que el banco publicara la condena (art. 4°).

El Banco de la Provincia de Buenos Aires apeló la disposición 622/05.

2°) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por su Sala III, confirmó la disposición impugnada. Para así decidir, sostuvo, en suma, que: a) las normas y las decisiones judiciales en las que el Banco de la Provincia fundó la exención invocada, refieren a diversos gravámenes cuya naturaleza jurídica difiere de la que reviste la sanción recurrida; b) la actuación de la autoridad de aplicación no se contrapone con las facultades reservadas por la Provincia de Buenos Aires de legislar y gobernar el banco de la provincia, pues se trata de la aplicación de normas de derecho común; c) el banco no rebatió adecuadamente los fundamentos expuestos en la disposición

impugnada, referentes al deber, contemplado en los arts. 4° y 19 de la ley 24.240, de comunicar adecuadamente cualquier modificación a los rubros “detalle de comisiones, derechos y/o gastos”; d) al modificar unilateralmente las cláusulas contractuales e imponer una sanción por un cargo no previsto, tampoco observó las disposiciones contenidas en los arts. 6° y 14 de la ley 25.065; e) la condena a publicar la parte dispositiva de la sanción encuentra sustento en el art. 47 de la ley 24.240.

3°) Que contra dicho pronunciamiento, el Banco de la Provincia de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal.

Allí expone los siguientes agravios: i) como entidad estatal, presenta una particular situación institucional que tiene origen en los privilegios de orden constitucional, basados en los arts. 31 y 121 de la Ley Fundamental; ii) en el art. 7° del Pacto de San José de Flores, que debe ser entendido como uno de los acuerdos contemplados en las referidas disposiciones constitucionales, la provincia se reservó el derecho exclusivo de gobierno, administración y legislación sobre su banco estatal; iii) el art. 1° de su carta orgánica resume toda su esencia jurídico política y su art. 4° lo exime de “la imposición de la condena atacada”; iv) la ley 1029 contempla, en su art. 3°, que el banco “seguirá siempre correspondiendo al estado de Buenos Aires y será gobernado y legislado por la autoridad de la Provincia”; v) el alcance de su posición de preferencia constitucional surge de la Ley Fundamental y de “las leyes citadas”; vi) este Tribunal ha reconocido (en Fallos: 186:170) el derecho de la provincia a resistir el pago de tributos nacionales y a legislar en forma exclusiva sobre su banco; vii) la cámara omitió realizar una adecuada valoración de la prueba producida y tratar planteos conducentes para la correcta solución de la causa; viii) el ordenamiento jurídico no contiene ninguna disposición normativa que prevea la publicación de la condena en un periódico; ix) el monto de la sanción resulta arbitrario, infundado y excesivo; x) la imposición de las costas comporta una decisión agravante, infundada y desproporcionada.

El recurso —replicado por la parte demandada— fue concedido por hallarse en tela de juicio la inteligencia de la ley 24.240 y denegado respecto de la arbitrariedad invocada sin que se haya deducido recurso de hecho.

4°) Que el recurso extraordinario es admisible en tanto se halla en juego la interpretación de normas de índole federal como lo son los

arts. 42 y 121 de la Constitución Nacional y la ley 24.240 —en lo que concierne al régimen de sanciones que establece y a la competencia que atribuye a la autoridad de aplicación nacional—, y la decisión apelada fue adversa a las pretensiones que la parte recurrente funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

5°) Que no es materia de discusión en esta instancia, por no haber sido ello cuestionado en el recurso extraordinario, la calidad del Banco de la Provincia de Buenos Aires como sujeto pasivo de la ley 24.240 de defensa del consumidor. En esas condiciones, la cuestión sometida a juicio de esta Corte queda circunscripta a decidir si la Dirección Nacional de Comercio Interior, como autoridad nacional de aplicación, tenía competencia para imponer las sanciones previstas en dicha ley, a la luz de los privilegios alegados por el banco recurrente.

6°) Que el caso presenta un conflicto de normas constitucionales entre la adecuada protección de los derechos de usuarios y consumidores (art. 42), invocada por el Estado Nacional, y las competencias provinciales reservadas “por pactos especiales al tiempo de su incorporación” (art. 121), alegada por el banco recurrente. También debe adoptarse una decisión respecto de la pluralidad de fuentes de derecho, toda vez que se ha invocado la Constitución Nacional, la ley 24.240, el Pacto de San José de Flores, la ley 1029 y la carta orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires. La decisión que se adopte en este aspecto tiene consecuencias importantes en la protección de los derechos de usuarios y consumidores, y en el régimen de competencias entre las provincias y la Nación.

Cuando se plantea un caso de conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica (Fallos: 296:432). La determinación del referido estándar exige: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables; c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos.

7°) Que el art. 121 de la Constitución Nacional —art. 104 según el texto anterior a la reforma de 1994— prevé que “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno

federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

8°) Que es necesario acudir a la historia para apreciar el significado de esa reserva (Salvador M. Lozada, “La Constitución Nacional anotada”, A. Peña Lillo, 1961, ps. 232-233). Según se ha expresado, dicha cláusula constitucional tiene un sentido histórico auténtico “[...] refiérese a la reserva estipulada en el convenio de 11 de Noviembre de 1859 sobre ‘las propiedades del Estado, sus establecimientos públicos de cualquier género que sean’, los cuales seguirían siendo de la Provincia de Buenos Aires y gobernados y legislados por ella. Pues, como por la Constitución, los Bancos con facultad de emitir billetes dejaban de corresponder al poder provincial, la Provincia reincorporada se proponía conservar sus anteriores derechos sobre su Banco de Estado” (Joaquín V. González, “Manual de la Constitución”, Ángel Estrada y Cía., décima tercera edición, p. 673).

Asimismo se ha dicho, sobre este punto, que la Constitución de 1853 “establecía, entre otras limitaciones impuestas a las provincias, que no podían establecer Bancos con facultad de emitir billetes sino con consentimiento del Congreso. La provincia de Buenos Aires, interesada en conservar plena y perpetua libertad para manejar su Banco de Estado, tan útil para las necesidades mercantiles y económicas de la población, solicitó que por el pacto del 11 de Noviembre se le asegurara este derecho; y el gobierno federal así lo otorgó y así fue estipulado” (José Manuel Estrada, “Curso de Derecho Constitucional”, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, 1902, tomo tercero, p. 93).

9°) Que en el Pacto de San José de Flores, del 11 de noviembre de 1859, se declaró que la Provincia de Buenos Aires era parte integrante de la Confederación Argentina (art. 1°), y se estableció —entre otras condiciones— que “todas las propiedades de la provincia que le dan sus leyes particulares como sus establecimientos públicos de cualquier clase y género que sean, seguirán correspondiendo a la provincia de Buenos Aires y serán gobernadas y legisladas por la autoridad de la Provincia” (art. 7°).

La convención examinadora provincial de la Constitución sancionada el 1° de mayo de 1853 quiso que el Pacto de San José de Flores fuera puesto “bajo la salvaguarda de la Constitución” y “garantido por la Constitución misma” —en el entendimiento de que ello “salvaba

inmensas dificultades” y resolvía “cuestiones prácticas de la actualidad”—, y así fue resuelto mediante la referencia concreta incluida en la última parte del art. 101 (ver informe de dicha comisión examinadora, en la obra “Reforma constitucional de 1860, textos y documentos fundamentales”, Universidad Nacional de La Plata, Instituto de Historia Argentina “Ricardo Levene”, 1961, p. 407), que fue el art. 104 en el texto constitucional de 1860.

Desde entonces, la Provincia de Buenos Aires ha acudido a la reserva del art. 7° del pacto para afirmar su derecho de legislar y gobernar el banco provincial y declararlo exento de impuestos nacionales y de las regulaciones de orden laboral y de seguridad social dictadas para instituciones de crédito que no gozan de sus privilegios constitucionales y, con igual fundamento, ha invocado la exención de afectaciones fiscales con respecto al telégrafo provincial (Fallos: 170:12; 177:13; 186:170; 239:251; 256:588; 276:432; 280:304 y 330:4988). En los casos del banco y del telégrafo de dicha provincia, este Tribunal consideró no sólo la reserva del pacto, sino en especial los arts. 3° y 4° de la ley 1029 de 1880.

10) Que acerca de la parte final del art. 121 de la Constitución Nacional y su relación con el Pacto de San José de Flores, pueden hallarse opiniones de diverso contenido entre los comentaristas de la Ley Fundamental. Algunas de esas opiniones presentan un tono severamente crítico. Se ha dicho, por ejemplo, que “envuelve una verdadera anfibología y poco menos que un contrasentido en el texto constitucional” (Estrada, obra y lugar citados). Asimismo se ha opinado que “Esta cláusula adicionada a la Constitución no tiene ningún valor, porque Buenos Aires ni las demás Provincias se reservaron poder alguno al constituir la Nación, y porque ésta, debía fundarse conforme al Convenio de Unión —del 6 de junio de 1860— explicativo del pacto del 11 de Noviembre de 1859 [...]. La adición no tuvo de esa suerte otro objeto que el de asegurar a la Provincia de Buenos Aires el derecho de *revisar la Constitución Nacional de 1853*, que regía a las demás provincias argentinas [...] *ese y no otro era el pacto a que se refería a Buenos Aires*. Toda la cuestión estaba en consagrar constitucionalmente el Pacto del 11 de Noviembre, porque él en sí encerraba el derecho de hacer reformas a la ley fundamental [...]. Desde luego podemos manifestar que ninguna provincia argentina después de su incorporación se ha reservado poder ni privilegio alguno, y que esos convenios accidentales y transitorios destinados a facilitar la organización nacional

caducaron por lo mismo desde la jura de la Constitución” (Perfecto Araya, “Comentario a la Constitución de la Nación Argentina”, Librería La Facultad, 1908, t. 2, ps. 293-294).

Y también se ha señalado que “El Pacto del 11 de noviembre de 1859, como el del 6 de junio de 1860, nunca debieron considerarse sino como convenios accidentales y transitorios, destinados a facilitar la organización final. Esos convenios caducaban al darse la Constitución definitiva [...] por el art. 13 de la Constitución se establece que no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de las provincias interesadas [...]. Quedaba así satisfecho el objeto del Pacto [...]. ¿Que ha quedado, después de eso, del poder reservado a las provincias, en virtud de pactos especiales al tiempo de su incorporación? Nada” (Agustín de Vedia, “Constitución Argentina”, Imprenta y Casa Editora de Coni hermanos, 1907, ps. 563-565). Por otra parte, se ha pretendido la caducidad de hecho y de derecho del Pacto de San José de Flores (José N. Matienzo, “Cuestiones de Derecho Público Argentino”, Valerio Abeledo, 1924, tomo 1, p. 77).

11) Que, con independencia de esas opiniones críticas, en una proyección histórica no puede desconocerse el significado trascendental que el Pacto de San José de Flores tiene en la vida de la Nación porque consolidó la reunión de las provincias (Fallos: 170:12) y porque fue en parte el precio de la unión e integridad nacional (Fallos: 239:251). Se trató —según se ha dicho— de un pacto que “en su aspecto institucional, consagraba dos grandes principios: el de la unidad política y el de la integridad territorial de la nación” (Julio B. Lafont, “Historia de la Constitución Argentina”, El Ateneo 1935, tomo II, p. 309), al que se lo calificó como “convenio de paz” y “pacto de unión” (Carlos Sánchez Viamonte, “Historia Institucional Argentina”, Tierra Firme, 1957, ps. 186-194; “El pacto de San José de Flores o de Unión Nacional”, Publicaciones de la Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 1984).

12) Que empero, sin desconocer esa trascendencia, este Tribunal ha expresado que no resulta dudoso que una disposición normativa tan especial como el art. 7º de dicho pacto, en tanto “afecta a la perfecta igualdad institucional y a la semejante entidad jurídica de todas las provincias, ha de ser interpretada estrictamente” (Fallos: 239:251 y 315:519; Estrada, obra y lugar citados, p. 94).

13) Que la Constitución Nacional debe ser interpretada de un modo armónico y sistemático, mediante un sentido que no ponga en pugna sus disposiciones sino que las concilie, conduzca a una integral armonización de sus preceptos y deje a todos con valor y efecto (Fallos: 312:1614; 313:1149; 319:68; 320:1909 y 1962; 327:769; 330:3593 y 331:858, entre otros).

El desarrollo argumentativo del banco recurrente en torno de sus privilegios requiere, pues, examinar el contenido integral del texto constitucional (Fallos: 291:181). Y en esa tarea, la interpretación debe ser realizada teniendo en cuenta no solo las circunstancias históricas del momento de su sanción sino también las existentes al tiempo de su interpretación (doctrina de Fallos: 301:1122, voto concurrente del Procurador General Mario Justo López, considerando 6°).

14) Que este Tribunal, desde antiguo, ha procurado preservar el sistema representativo federal, para lo cual no ha descuidado el respeto a la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya “voluntad y elección” se reunieron los constituyentes argentinos (Fallos: 184:72; 315:519).

15) Que, desde esa mirada, el Banco de la Provincia de Buenos Aires es una institución regida por las leyes de dicha provincia que regulan su organización y funcionamiento, en ejercicio de su poder de policía, en términos de los arts. 75, inc. 12, 121 y 126 de la Constitución Nacional.

Empero, ello es así en el marco de las demás disposiciones constitucionales.

En efecto, el privilegio constitucional del Banco de la Provincia de Buenos Aires debe ser examinado con prudencia respecto de los derechos amparados por normas de idénticas entidad y jerarquía constitucional, como son los derechos y garantías reconocidos en la Ley Fundamental en favor de usuarios y consumidores.

Ciertamente, es la Constitución Nacional, en su art. 42, la fuente directa y esencial del reconocimiento y de la tutela de los derechos de usuarios y consumidores, que les concede un carácter *iusfundamental*. Se trata de los “derechos civiles constitucionalizados”. El principio

protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el derecho del consumidor, en el que se ha tenido en cuenta específicamente la posición de debilidad estructural en el mercado de usuarios y consumidores como rol socialmente definido.

La ley 24.240 tiene una explícita base constitucional en el art. 42 de la Constitución Nacional. Y entre sus disposiciones, dicha ley prevé que la Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Producción, es la autoridad de aplicación (art. 41). En razón de esa previsión normativa, la Dirección Nacional de Comercio Interior actuó, en el caso, como autoridad de aplicación e impuso las sanciones controvertidas.

Uno de los problemas más frecuentes de interpretación en este ámbito se ha dado en los supuestos en los que, como ocurre en este caso, los derechos de usuarios y consumidores colisionan con otras normas que regulan diversas situaciones específicas.

Para resolverlo, es importante tener en cuenta un doble orden de consideraciones. Por un lado, que en los casos que presentan colisión de normas no es la ley sino la Constitución Nacional la fuente principal de los derechos de los consumidores. Por otro lado, en el derecho argentino rige la interpretación más favorable al consumidor, la precedencia normativa constitucional y la integración con otras normas en el supuesto de ausencia de regulación específica.

La referencia a los principios resulta útil para salvaguardar la preeminencia del derecho del consumidor frente a un ordenamiento sustantivo que, por diversas razones, colisiona con este derecho protectorio.

Más aún, la actual redacción del art. 3º de la ley —texto según la modificación introducida por la ley 26.361— zanja este tipo de conflictos, que no son de interpretación sino de jerarquía, ya que establece expresamente que las relaciones de consumo se rigen por la mencionada ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor esté alcanzado por otras normas específicas.

16) Que las enunciadas características del sistema del derecho del consumidor, de fuente constitucional, autónoma y claramente protectoria, sumadas al hecho de que el banco recurrente no ha cuestionado

en esta instancia la aplicación de la ley 24.240 al caso en análisis — pues solo pretende su aplicación parcial, en tanto intenta desconocer la autoridad de aplicación prevista en ese ordenamiento normativo—, impiden concluir que al imponer la sanción recurrida se haya afectado la reserva formulada en la última parte del art. 121 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias allí diseñada.

Como bien lo señala la señora Procuradora Fiscal, no se ha configurado una afectación del *status* del Banco de la Provincia de Buenos Aires como institución autárquica de derecho público ni una limitación de las exenciones de las que goza en virtud de la reserva constitucional, habida cuenta de que los privilegios invocados no presentan relación con el comportamiento de ese banco respecto del cumplimiento de normas de derecho común y frente a la vulneración de los derechos constitucionales de usuarios y consumidores.

Tales conclusiones conducen a desechar la línea argumentativa desarrollada en ese sentido por el recurrente.

17) Que la afirmación precedente no varía si se examina el caso a la luz de la ley 1029. Dicha ley, promulgada el 21 de septiembre de 1880, por la cual se declaró Capital de la República al municipio de la ciudad de Buenos Aires (art. 1°), se previó que “Todos los establecimientos y edificios públicos situados en el municipio quedarán bajo la jurisdicción de la Nación, sin que los municipales pierdan por eso su carácter” (art. 2°) y que “El Banco de la Provincia, el Hipotecario y el Monte de Piedad permanecerán bajo la dirección y propiedad de la Provincia, sin alteración de los derechos que a ésta correspondan” (art. 3°). Su contenido fue aceptado (en los términos del art. 8° de la ley) por la ley 1355 de la Provincia de Buenos Aires (Fallos: 239:251 y 315:519).

Así entonces, mediante la ley 1029, fueron exceptuados de la jurisdicción de la Nación los establecimientos y edificios correspondientes al Banco de la Provincia de Buenos Aires, que permanecieron bajo la dirección y propiedad de dicha provincia.

Dicha ley resulta inaplicable al caso *sub examine*, toda vez que, como se vio, sus disposiciones hacen una expresa referencia a “todos los establecimientos y edificios públicos situados en el Municipio” de la ciudad de Buenos Aires, circunstancias que, claramente, aquí se hallan ausentes.

18) Que la solución del caso tampoco se ve modificada si se lo analiza desde el art. 4° de la carta orgánica del banco demandante —aprobada por el decreto-ley 9464/79—, que prevé: “El Banco, sus bienes, actos, contratos y operaciones y derechos que de ellos emanen a su favor, están exentos de todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza. El Banco abonará exclusivamente el servicio de obras sanitarias, la tasa por alumbrado, limpieza y conservación de la vía pública y la contribución de mejoras”.

De la formulación textual de dicha disposición normativa se desprende que ella ha asignado a los supuestos allí previstos una naturaleza palmariamente diferente a la que presenta la disposición 622/05 impugnada por la entidad recurrente. En efecto, dicha resolución no puede tener encuadramiento en esos supuestos, toda vez que ella exhibe una clara naturaleza sancionatoria y, como tal, indudablemente distinta de la de aquellos.

19) Que en lo referente a los restantes agravios expuestos por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara parcialmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO
PETRACCHI

Considerando:

1°) Que al desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la Disposición DNCI 622/2005, a través de la cual la Dirección Nacional de Comercio Interior había dispuesto la aplicación a la recurrente de una multa de

pesos dos mil cuatrocientos (\$ 2.400), por haber debitado en el resumen de la tarjeta VISA del denunciante el cargo por extravío de tarjeta no previsto contractualmente (arts. 4° y 19 de la ley 24.240); y la aplicación de una multa de pesos mil trescientos (\$ 1.300), por haber incumplido el procedimiento para cuestionar la liquidación de la tarjeta de crédito de la que el denunciante era titular (art. 27 de la ley 25.065). Asimismo, la mencionada Dirección había ordenado la publicación de la parte dispositiva del acto sancionatorio a cargo de la entidad bancaria, de conformidad con lo establecido en el art. 47 de la ley 24.240 (fs. 146/148).

2°) Que el banco pretende hallarse exento del pago de todo gravamen, en razón de lo dispuesto en el art. 121 de la Constitución Nacional y en el art. 7° del Pacto del 11 de noviembre de 1859, así como de lo establecido en el art. 4° de la ley provincial 9434 (Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires).

Con tales fundamentos presentó un recurso extraordinario contra el fallo aludido en el considerando 1°.

3°) Que el recurso interpuesto resulta formalmente procedente, pues se encuentran en juego la inteligencia de normas de naturaleza constitucional y federal (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

4°) Que no es materia de discusión en esta instancia, por no haber sido ello cuestionado en el recurso extraordinario, la calidad del Banco de la Provincia de Buenos Aires de sujeto pasivo de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. En tales condiciones, la cuestión sometida a juicio de esta Corte se circunscribe a decidir si la Dirección Nacional de Comercio Interior era la autoridad competente para imponer las sanciones allí previstas a la entidad bancaria actora, en atención a los privilegios provinciales que surgen del art. 121 de la Constitución Nacional, así como del art. 7° del Pacto del 11 de noviembre de 1859.

5°) Que el art. 121 de la Constitución Nacional (ex art. 104), tras disponer que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”, añade “...y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”, atendiendo a la reforma propuesta por la Convención del Estado de Buenos Aires de 1860, finalmente aceptada por la Convención nacional constituyente *ad hoc* de ese año, sobre la base del Pacto del 11 de noviembre de 1859 (Fallos: 330:4988, considerando 6°). Mediante la firma

de este Pacto, la Provincia de Buenos Aires declaró su voluntad de incorporarse a la entonces Confederación Argentina, previa revisión de la Constitución (arts. 1° a 5°), y acordó que “todas las propiedades de la provincia que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y género que sean, seguirán correspondiendo a la Provincia de Buenos Aires y serán gobernados y legislados por la autoridad de la Provincia” (art. 7°).

Más tarde, la voluntad de la Provincia de Buenos Aires en ese sentido, fue plasmada en el art. 3° de la ley de capitalización de la Ciudad de Buenos Aires 1029 del 21 de septiembre de 1880, norma calificada por esta Corte como “ley contrato” (Fallos: 186:170; 239:251; 330:4988 y otros) en tanto su vigencia se hallaba condicionada a la aceptación de sus términos por parte de la legislatura local, lo que así sucedió por medio de la ley 1355 (Fallos: 330:4988). Si bien esta ley disponía que “todos los establecimientos y edificios públicos situados en el Municipio, quedarán bajo la jurisdicción de la Nación, sin que los municipales pierdan por esto su carácter” (art. 2°), agregaba en el artículo posterior las siguientes excepciones: “El Banco de la Provincia, el Hipotecario y el Monte de Piedad, permanecerán bajo la dirección y propiedad de la Provincia, sin alteración a los derechos que a ésta correspondan” (Fallos: 330:4988).

6°) Que, sobre la base de las normas reseñadas, esta Corte ha reconocido determinadas prerrogativas e inmunidades a la Provincia de Buenos Aires, y especialmente ha sido así respecto de su Banco, sobre el que ha señalado que es “la institución de crédito que la provincia se reservó en propiedad y jurisdicción con el asentimiento de la Nación en horas solemnes para la paz, la integridad y la armonía de la República” (Fallos: 177:13; 330:4988).

Tal fue, en efecto, el temperamento seguido en Fallos: 186:170 con relación a la aplicación del impuesto nacional a los réditos a los particulares poseedores de acciones y bonos hipotecarios del Banco de la Provincia, precedente en el que entendió que, de conformidad con los privilegios mencionados, la Provincia estaba habilitada para eximir de todo tributo al Banco y a todas sus operaciones. Este criterio fue recientemente reiterado por el Tribunal, en un caso en el que se declaró la invalidez del acto de la ex Dirección General Impositiva, que había asignado al Banco de la Provincia el carácter de contribuyente frente al Impuesto al Valor Agregado (Fallos: 330:4988).

7°) Que un análisis armónico de las normas constitucionales y legales en juego, lleva a concluir que asiste razón a la entidad bancaria recurrente en cuanto afirma que el tribunal a quo equiparó al Banco de la Provincia de Buenos Aires —en su carácter de sujeto pasivo de la sanción— con cualquier particular, sin contemplar las especiales circunstancias que hacen a su *status* jurídico y a los privilegios de rai-gambre constitucional de los que es titular.

En efecto, es cierto que la ley 24.240 tuvo por fin otorgar “*una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales —los consumidores—*” (Fallos: 324:4349), y que esa tutela —al haber sido reconocida por el art. 42 de la Constitución Nacional— adquirió jerarquía constitucional, al igual que los privilegios invocados por el Banco recurrente con sustento en el art. 121 de la Ley Fundamental. Sin embargo, las circunstancias del caso, analizadas a la luz de las normas constitucionales y legales aplicables, impiden sostener que la igualdad jerárquica de los derechos en juego justifique desconocer —como lo hizo la Cámara al confirmar la actuación de la autoridad nacional de aplicación— los privilegios constitucionales que le asisten al banco actor.

Concretamente, de la lectura del art. 41 de la ley 24.240 surge que —además de asignar facultades de control y vigilancia a la autoridad nacional— la norma también instituye a las provincias como autoridades locales de aplicación, y que éstas —en consecuencia— son titulares de las mismas facultades que posee la autoridad nacional, aunque respecto de las infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones. Como consecuencia de ello, mediante el dictado de la ley 13.133 “Código Provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios”, la Provincia de Buenos Aires reconoció expresamente la vigencia de la ley nacional 24.240 en el ámbito de su jurisdicción (art. 1°) y, en lo que al caso interesa, encomendó a los municipios la aplicación de los procedimientos y las sanciones allí previstos (art. 80).

De lo expuesto se desprende que la Provincia de Buenos Aires goza de suficientes prerrogativas para aplicar la ley nacional de defensa del consumidor en su jurisdicción. Y, en ese marco, también está facultada para aplicar sanciones al banco actor, ya que éste es una entidad autárquica y autónoma de derecho público provincial —según lo establecido en los arts. 1° y 8° de la ley local 9434—, cuya calidad de sujeto pasivo de aquella norma no fue cuestionada.

En tales condiciones, frente a la existencia de una vía que garantiza la protección de los derechos de los consumidores del Banco de la Provincia previstos en el art. 42 de la Constitución Nacional, sin afectar los privilegios constitucionales de la provincia sobre su banco, la interpretación realizada por el a quo carece de toda justificación, ya que implica desconocer innecesariamente la vigencia de una norma constitucional como la del art. 121. En este sentido, cabe señalar que la incorporación del párrafo final del art. 121 (ex art. 104) refleja, en los términos de la jurisprudencia del Tribunal, un “juicio constituyente que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir” (Fallos: 321:885; 330:4988).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, en lo que fue materia de agravios. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese y remítanse.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Banco de la Provincia de Buenos Aires, actor en autos**, representado por la **Dra. Georgina Cabral**, con el patrocinio letrado de la **Dra. María Claudia Larralde**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional – Ministerio de Economía, demandado en autos**, representado por la **Dra. Gabriela Alejandra Maiale**.

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

P. L., J. M. c/ I.O.M.A. s/ AMPARO - REC. EXTRAORDINARIO DE NULIDAD
E INAPLICABILIDAD DE LEY

DISCAPACIDAD

Cabe confirmar la sentencia que condenó a IOMA a dar una cobertura integral de la prestación “Formación Laboral, Jornada Doble” a quien padece una discapacidad, pues la decisión impugnada no solo se basó en la remisión a la doctrina del precedente de Fallos: 331:2135 -en el que se hizo lugar a la medida cautelar tendiente a asegurar una prestación

educativa para una menor discapacitada-, sino que también se sustentó en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378, y en claras normas locales, de rango constitucional (art. 36) y legal (leyes 10.592 y 6982), dirigidas a garantizar a las personas con discapacidad su rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales y a promover su inserción social y laboral.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia, de la provincia de Buenos Aires, que reconoció la obligación del Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) consistente en la cobertura integral de la prestación “Formación Laboral, Jornada Doble” brindada por el Centro de Estudios Psicológicos y Psicopedagógicos (CEPP), dicha obra social interpuso el recurso extraordinario de fs. 388/405, concedido a fs. 440/442.

-II-

La apelante califica lo resuelto como arbitrario y lo impugna por vulnerar el derecho de propiedad y la garantía del debido proceso, resguardados por los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Entiende que el remedio intentado sería admisible por encontrar-se discutida la inteligencia que los jueces otorgaron al pronunciamiento publicado en Fallos: 331:2135.

Reprocha primordialmente que el tribunal provincial le haya impuesto una obligación definitiva, fundado en el citado precedente, donde sólo se formularon consideraciones de carácter abiertamente provisional. Allí, repone, V.E. juzgó que no había impedimento comprobado para que IOMA solventara la escuela especial hasta la finalización del pleito, mientras que en la especie se está definiendo el fondo del asunto.

Manifiesta que dicho fallo se utilizó para liberar irregularmente al actor de acreditar —como lo exige el art. 1° de la ley 10.592—, su imposibilidad de acceder por sí a la prestación educacional. En ese

orden, indica que los elementos acompañados en el escrito inicial dan cuenta de la calidad de profesional liberal y de jubilada estatal de la madre, circunstancias que *prima facie* ponen de manifiesto la completa ausencia de impedimento para afrontar las sumas carentes de cobertura. Agrega que la carga de la prueba está en cabeza de la parte actora, pauta ésta de la que los jueces se desentendieron.

Expresa que el art. 19 de la ley provincial 10.592 encarga a IOMA la asistencia médica integral de sus afiliados con discapacidad, de conformidad con las disposiciones que rijan su funcionamiento. Infiere que, en ese marco, es la resolución 2544/1991 la que hace operativa dicha directiva, a través de la planificación y evaluación de la política asistencial. La integralidad de la prestación debe, entonces, tamizarse a través de los principios de razonabilidad y solidaridad.

Tiene por ilógico afirmar que un cincuenta por ciento de la colegiatura destinada al hijo de una madre profesional (y, además, jubilada), no satisface razonablemente los deberes asignados a IOMA por los arts. 1° de la ley 10.592 y 1° de la ley 6982.

Sostiene que la sentencia atacada se aparta de las normas que rigen el sistema asistencial, efectuando un análisis parcial de las constancias de autos, sin integrarlas debidamente en su conjunto. Este defecto —concluye— desvirtúa la eficacia de los distintos medios probatorios, conforme a las reglas de la sana crítica, y deja al descubierto que el fundamento del decisorio es sólo aparente.

Paralelamente, pide la intervención de esa Corte en función de la existencia de gravedad institucional, pues el decisorio no reuniría los requisitos para ser considerado un acto jurisdiccional válido. Con ello, dice, se pone en riesgo la esencia misma del Estado de Derecho, en tanto se favorece a una sola persona en desmedro de la efectividad de la política prestacional del instituto, en una delicada materia regida por el principio de solidaridad.

- III -

Ante todo debo advertir que el Ministerio Pupilar nunca emitió opinión en la causa, como era menester en función de la incapacidad que afecta al interesado. Su actuación se limita a la notificación cumplida a fs. 275.

Entonces, ausente como está la garantía de la doble representación que asiste a las personas carentes de capacidad legal, se constata aquí una grave vulneración del derecho de defensa de J.M.PL., de manera que correspondería declarar la nulidad de los procedimientos

cumplidos sin esa intervención (arg. Fallos: 332:1115; 333:1152; 334:419; S.C. V. N° 154, L. XLIV, “Vargas, Moisés R. c/ Balut Hermanos S. R. L. s/ daños y perjuicios”, del 7 de junio de 2011; y “D., J. B. y otro c/ EN —Servicio Penitenciario Argentino— y otro s/ daños y perjuicios”, del 11 de octubre de 2011).

No obstante, habida cuenta del objeto del diferendo, considero que en esta particularísima emergencia, la tutela de la que es acreedor J.M.PL. encontrará mayor satisfacción mediante la obtención inmediata de una decisión definitiva (cfr. sentencia del 16 de abril de 2013, in re S.C. L. N° 196, L. XLVI, “Lepre viuda de Pérez, Emma Marcelina s/acción de inconstitucionalidad Ley 2971-2910”, por remisión al dictamen de esta Procuración). En ese entendimiento, pasaré a dictaminar sin más trámite.

-IV-

En lo que aquí interesa, el curador de J. M. P. L. persigue que IOMA abone íntegramente el arancel correspondiente al Centro de Formación Laboral que funciona en el CEPP. Para ello, invoca principalmente los arts. 72, inc. 22, de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales allí incorporados, así como la Constitución de la provincia de Buenos Aires (arts. 11 y 36), las leyes locales n° 6982 (arts. 1° y 22) y n° 10.592 (arts. 1°, 4 y 19), las leyes nacionales, n° 24.754 y n° 24.901 y las resoluciones ministeriales relacionadas. Aduce que, por su condición de afiliado obligatorio de la obra social demandada, J. M. se ve privado de la cobertura integral que el ordenamiento jurídico reconoce en favor de todas las personas con discapacidad.

Del escrito inicial se extrae: i- que J. M. es afiliado de IOMA; ii- que es una persona con discapacidad (Síndrome de Down); iii- que CEPP es una escuela especial a la que J. M. concurre desde febrero de 1998; iv- que el tipo de rehabilitación objeto del requerimiento, se apoya en prescripciones médicas; v- que “... sería totalmente perjudicial la interrupción de su escolaridad, ya que ocasionaría una regresión en todos los aspectos, deteriorándose las habilidades logradas hasta el momento y pudiendo crear un estado depresivo, teniendo en cuenta sus características psicopatológicas” (fs. 15, último párrafo); vi- que los padres de J. M. —uno de ellos desocupado— no están en condiciones económicas de afrontar el cargo respectivo.

A su turno, IOMA no niega ninguno de los hechos reseñados. En cambio, la defensa esgrimida en un inicio por la demandada se limita a que: i- las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 y las resoluciones 201/02, 36/03 del

Ministerio de Salud de la Nación no le son aplicables, en razón de no haber adherido al Sistema Nacional del Seguro de Salud; ii- el organismo tiene un régimen normativo propio (ley 6982 y su decreto reglamentario 7881/84); iii- de cualquier modo, IOMA garantiza a sus afiliados las prestaciones básicas esenciales, en cumplimiento de la manda de garantizar la salud de los habitantes, contenida en el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna; iv- según el art. 19 de la ley 10.592, la asistencia de las personas con discapacidad debe realizarse de acuerdo con las regulaciones que dicte IOMA (en el caso, la resolución 2.544/91); v- CEPP no es prestador de IOMA, ni se ha celebrado ningún convenio entre ambos; vi- la cobertura que se reclama puede alcanzarse mediante un trámite de excepción, pero hasta los montos establecidos por la entidad social.

Además, la demanda reconoce expresamente: i- que el aporte que viene realizando hace quince años, se otorga previa auditoría médica por parte de la obra social; ii- que “[n]o existe relación contractual... con ningún otro establecimiento de Educación Especial, lo que significa que no existen instituciones prestadoras que pudieran brindar esta prestación al afiliado” (fs. 80, 82 —penúltimo párrafo— y 82 vta. —también penúltimo párrafo— del expediente administrativo n° 2914-25928-04).

-v-

Configurado así el debate, cabe apuntar ante todo que la interpretación de una sentencia de esa Corte, sólo conlleva materia federal cuando se refiere a decisiones adoptadas con anterioridad en la misma causa (Fallos: 329:2965). Por ende, dado que el pronunciamiento de Fallos: 331:2135 (S.C. I. N° 248, L. XLI) fue dictado en un expediente ajeno al presente, sus eventuales repercusiones en la solución del problema no son idóneas para suscitar una cuestión federal.

En cuanto a la arbitrariedad acusada, conviene recordar que su progreso supone identificar defectos graves de fundamentación o de razonamiento, que tornen ilusorio el derecho de defensa o conduzcan a la frustración del derecho involucrado, puesto que —en aspectos no federales— no incumbe a esa Corte juzgar el error o acierto del fallo, ni constituirse en una tercera instancia correctora de decisorios equivocados.

Esto es así, sobre todo cuando la solución emana de los superiores tribunales de provincia, en oportunidad de resolver recursos extraordinarios previstos en el orden local, supuesto en el que la tacha de arbitrariedad debe evaluarse con criterio particularmente restrictivo

(Fallos: 326:750; 327:5416 y 333:203, entre muchos otros).

Estimo que en este caso no concurre ninguna excepción que pueda dar lugar a la actividad revisora de V.E.

Es que, trabada como quedó la litis, las alegaciones formuladas en torno a los alcances del art. 1° de la ley provincial n° 10.592, a la imposibilidad familiar para afrontar el costo de la escuela especial y a la carga de la prueba, aparecen como fruto de una reflexión tardía, ya que no fueron propuestas oportunamente a los jueces de la causa, no obstante que desde un inicio resultaban atinentes a la contienda planteada (Fallos: 330:1447 y 1491; 331:1730, entre muchos otros). Antes bien, en el escrito inicial se puntualizó específicamente la condición económica adversa de los padres, sin que esos datos merecieran objeciones por parte de la interesada, de manera que han quedado incorporados a la causa desde su etapa constitutiva, como hechos no controvertidos.

Más aún, IOMA reconoce en definitiva que —en el marco del art. 1° de la citada ley 10.592— ante la carencia de recursos del afiliado, ese instituto debe dar cobertura plena a la escolaridad especial. De tal suerte, la impugnación que intenta en esta instancia queda desautorizada, puesto que implica admitir que ante la imposibilidad económica del enfermo —que, repito, en autos fue expresamente invocada y no rebatida en su oportunidad— corresponde que ese organismo afronte la totalidad de la colegiatura, y no una porción como lo viene haciendo en la actualidad.

-VI-

A mi modo de ver, la predicha constatación basta para desestimar el recurso. Pero, incluso de no coincidirse con esta perspectiva, mi consejo no ha de variar.

En efecto, el restante agravio procura establecer que los jueces se basaron exclusivamente en el precedente S.C.I. N° 248, L. XLI. Insiste en que se trata de planos de análisis diversos, desde que en aquel caso se estudió la cobertura provisoria hasta la conclusión del proceso, mientras que aquí se aborda el fondo del asunto.

A ese respecto, observo que —si bien en el contexto temporal propio del campo precautorio— esa Corte reiteró allí su constante jurisprudencia en cuanto a la necesidad de contemplar el espíritu y fin de las normas, armonizándolas con el ordenamiento jurídico y con los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional (considerando 4°); a la índole de los bienes jurídicos vida y salud, y la obligación impostergable de las autoridades de garantizarlos mediante

la realización de acciones positivas (considerando 5°); a la existencia de cláusulas específicas en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, que resguardan la vida y la salud de los niños (considerando 6°); y a la responsabilidad que en estados de estructura federal, pesan sobre sus unidades políticas, para que las leyes sancionadas en la materia no se conviertan en enumeraciones programáticas vacías de operatividad (considerando 8°). Asimismo, señaló que “... no sólo la ley orgánica del instituto demandado previó, como obligación expresa a su cargo, la de realizar en la provincia de Buenos Aires “todos los fines del Estado en materia Médico Asistencial para sus agentes”, contemplando —entre otras medidas— “internaciones en establecimientos asistenciales” (cfr. arts. 1° y 22, inc. b), ley 6982); y la ley 10.592 estatuyó un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas, mediante el que se aseguró los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social para quienes estuvieran en imposibilidad de obtenerlos (art. 1°, ley cit.), sino que la propia constitución provincial consagró el derecho a una *protección integral de la discapacidad, garantizando de manera expresa la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales*”, así como la promoción de la “inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad” para con quienes la padecieran (cfr. arts. 36, incs. 5° y 8°, y 198, Constitución de la Provincia de Buenos Aires). Ello, en consonancia con lo establecido al respecto por la Constitución Nacional (arts. 51, 14, 33, 42 y 75, incs. 22 y 23)...” (considerando 7°).

No encuentro irrazonable que los jueces acudieran al citado precedente, no sólo por el tenor de los criterios allí expuestos, sino porque en ambos procesos se debatió el alcance de una obligación idéntica, a saber: la cobertura integral para una persona con discapacidad afiliada de IOMA, respecto de la prestación “Formación Laboral, Jornada Doble”, en un centro de educación especializada que carece de vínculo contractual con la obra social.

Por otro lado, como bien lo advierte la actora, el mentado caso S.C.I N° 248, L. XLI, no constituyó el único sustento del decisorio, sino que los jueces valoraron sustancialmente la manda constitucional y supraconstitucional de cobertura integral y la proscripción de una interpretación restrictiva, en el contexto del control de convencionalidad que realizaron —entre otros pactos— en función de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (esp. sus arts. 24, 25 y 26) y de su proyección a todas las partes de los Estados federales.

Se apoyaron también en las directivas de las normas locales, entre

ellas el régimen básico e integral para las personas con discapacidad (ley 10.592) y el art. 36 de la Constitución provincial, subrayando que esta última cláusula consagra el derecho de la persona con discapacidad a la protección integral del Estado, garantiza su rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales, y promueve su inserción social y laboral normativa internacional relativa a la discapacidad. Hicieron notar que el art. 1° de la ley 6982 local designa a IOMA como agente para la realización de esas finalidades.

La apelación tampoco se hace cargo de ese eje conceptual del fallo, ubicado en la perspectiva de los derechos humanos. Entonces, más allá del acierto o error de éste, el agravio que acabo de examinar tampoco resulta atendible pues —aun de progresar— no alcanzaría a desvirtuar la conclusión final (arg. Fallos: 323:2245).

-VII-

Así las cosas, juzgo que la recurrente no ha cumplido con el recaudo básico de suficiencia, dado que esa inexcusable autonomía no se logra con la mera expresión de argumentos constitucionales, ni con la defensa de una respuesta jurídica contraria a la que siguió el *a quo*, cuando ella no atiende ni controvierte los argumentos centrales de la sentencia (Fallos: 316:832, 1979; 327:4622; 329:1628 —voto del Dr. Petracchi—, entre muchos otros).

En tales condiciones, atento a que no se ha propuesto un punto federal ni se ha demostrado la concurrencia de arbitrariedad, la apelación deviene inadmisibile.

De igual modo, dado el instituto de la gravedad institucional —que no constituye una causal autónoma de procedencia del recurso— exige verificar la presencia de cuestión federal suficiente, así como acreditar que la actividad revisora de V.E. se reclama a partir de repercusiones claramente diferenciadas de las meramente individuales, la invocación genérica que de aquella doctrina ha hecho IOMA carece de idoneidad para habilitar la apertura de este remedio de excepción (Fallos: 331:2799; 332:466 y 1163, por remisión al dictamen de esta Procuración; y Fallos: 333:360, entre muchos otros).

-VIII-

En consecuencia, opino que V.E. debe declarar mal concedido el recurso extraordinario. Buenos Aires, 2 de julio de 2013. *M. Alejandra Cordone Rosello*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 19 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “P. L., J. M. c/ I.O.M.A. s/ amparo -recurso de nulidad e inaplicabilidad de ley”.

Considerando:

1°) Que contra la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires a fs. 342/384, que —por mayoría— revocó la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata y condenó al Instituto de Obra Médico Asistencial de la citada provincia (IOMA), a dar una cobertura integral de la prestación “Formación Laboral, Jornada Doble”, a cargo del Centro de Estudios Psicológicos y Pedagógicos en beneficio del actor; la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 388/405, que, previo traslado, fue concedido a fs. 440/442. Asimismo, la mentada resolución, por mayoría, dispuso que las costas del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley fueran impuestas en el orden causado. Esta última decisión motivó la deducción por la actora del recurso extraordinario federal que, denegado, trajo como consecuencia la interposición de la queja que fue registrada como P.692/2011. XLVII y que corre agregada por cuerda (fs. 91, de dicho expediente).

2°) Que en su decisión el a quo interpretó, en sentido favorable a la pretensión de la actora, el bloque normativo conformado por los tratados internacionales con jerarquía constitucional, que detalla el pronunciamiento impugnado; el art. 42 de la Constitución Nacional; el art. 36, incs. 5° y 8° de la Constitución provincial; los arts. 1° y 2° de la ley provincial 6982; el art. 1° de la ley provincial 10.592 y la resolución 2544/91 (dictada por el organismo demandado) y sustentó tal exégesis en el criterio análogo que fijó este Tribunal al resolver en los autos “I., C.F. c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo”, (Fallos: 331:2135).

3°) Que en su impugnación, la Fiscalía de Estado denunció la violación del derecho de propiedad de su representada y de la garantía del debido proceso (arts. 17 y 18 del Constitución Nacional). Tachó de arbitraria a la sentencia por haberse desnaturalizado la inteligen-

cia del precedente de esta Corte de Fallos: 331:2135, que sustentó la condena impuesta al IOMA. Asimismo, señaló que no se encuentran acreditados los extremos previstos para la aplicación del art. 1° de la ley provincial 10.592, por lo que consideró ajustado a derecho el obrar del IOMA. Llegó a la conclusión de que el pronunciamiento objeto de recurso debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido al tener una fundamentación solo aparente y no constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa.

También afirmó que el caso resuelto reviste trascendencia y gravedad institucional porque, mediante un pronunciamiento que no reúne los requisitos para calificarlo como un acto jurisdiccional válido, se pone en riesgo la esencia del estado de derecho en una delicada materia regida por el principio de solidaridad, y en la que por favorecerse a una sola persona "...se obra en desmedro de la efectividad de la política prestacional del I.O.M.A..." (fs. 404 vta.).

4°) Que el recurso extraordinario deducido es admisible toda vez que se han puesto en discusión los alcances de normas de jerarquía constitucional —art. 75, inc. 22— relacionadas con el derecho a la salud y la resolución impugnada ha sido contraria a las pretensiones de la recurrente (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

5°) Que, la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires al objetar la decisión recurrida sostuvo que en ella el superior tribunal local extendió a un pronunciamiento definitivo el criterio que esta Corte aplicó al conceder una medida de carácter provisional. Añadió que la desnaturalización ostensible de la inteligencia del precedente invocado, tuvo como consecuencia "liberar al amparista de acreditar los recaudos exigidos por la norma provincial aplicada" (fs. 401 vta.), concretamente la imposibilidad de obtener los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social que el Estado provincial debe asegurar (art. 1° de la ley bonaerense n° 10.952).

6°) Que según arraigada jurisprudencia del Tribunal la interpretación de sus sentencias solo suscita una cuestión federal cuando se trata de una decisión dictada en las mismas actuaciones (Fallos: 244:258 y 328:742, entre muchos otros), circunstancia que no concurre en este caso con relación al recordado precedente de Fallos: 331:2135.

Mas ello no resta validez a la razonable invocación, para decidir el caso, del precedente mencionado en último termino, si se tiene presente que *en ambos procesos se examinó el alcance que correspondía otorgar a la misma obligación: la cobertura integral para un afiliado al IOMA que padece una discapacidad de la prestación “formación laboral, jornada doble” en un centro de educación especializada que no tiene vinculo contractual con la obra social.*

7°) Que, en tales supuestos y dada la naturaleza asistencial de las prestaciones que se encuentran en discusión, resulta irrelevante el carácter provisorio o definitivo de lo decidido en el precedente invocado para descartar su aplicación. Ello es así porque si bien es cierto que la decisión de Fallos: 331:2135 dispuso una medida de carácter provisorio, no lo es menos que en otro caso, de características análogas, esta Corte, al expedirse sobre el fondo, condenó a la parte demandada a cumplir con las prestaciones a su cargo de la misma forma en que aquí son reclamadas (R.104.XLVII. “R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo”, resuelto, por remisión a lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, el 27 de noviembre de 2012).

8°) Que cabe rechazar también la pretensión de la Fiscalía de Estado provincial de invocar en esta instancia recursiva, cuestiones relativas a la prueba de la imposibilidad de la demandante de afrontar los costos de la prestación reclamada. En primer lugar, porque, atento a la forma en que fue trabada la litis, no se trató de una cuestión que fuera controvertida en la instancia oportuna (Fallos: 322:1038). Además, porque este Tribunal ha puntualizado que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, circunstancia que genera “una obligación impostergradable de las autoridades de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional y Fallos: 323:1339 y 3229 y 331:2135, entre otros), exigencia que contrasta con la carga probatoria que la recurrente pretende situar en cabeza de la actora.

9°) Que, a mayor abundamiento, cabe destacar que la decisión impugnada no solo se basó en la remisión a la doctrina del citado precedente de Fallos: 331:2135, sino que también se sustentó en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378, cuyo art. 4.5 establece que sus prescripciones (algunas de ellas, como los arts. 24, 25 y 26, relacionadas directamente con la materia del presente caso) se aplicarán

“a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones” (v. fs. 371 y siguientes) y en claras normas locales, de rango constitucional (art. 36) y legal (leyes 10.592 y 6982), dirigidas a garantizar a las personas con discapacidad su rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales y a promover su inserción social y laboral.

10) Que en lo concerniente a la presunta gravedad institucional del caso, invocada por la recurrente sobre la base de afirmar que se ha dictado un pronunciamiento inválido que beneficia a una sola persona y opera en desmedro de la efectividad de la actividad prestacional a cargo de la demandada, tal agravio debe ser rechazado por dos motivos. El primero de ellos es porque conforme a lo expuesto en los considerandos precedentes la sentencia impugnada dista de ser inválida, a lo cual debe sumarse que tampoco ha demostrado la recurrente en forma concreta los extremos sobre los que sustenta su afirmación (Fallos: 312:1484).

11) Que con relación a la queja P692/2011. XLVII, que la actora dedujo a raíz de la denegación de recurso extraordinario, interpuesto contra la resolución de la Suprema Corte de Buenos Aires que impuso las costas en el orden causado por aplicación del art. 68, párrafo 2°, de la normativa procesal local, cabe recordar que reiteradamente ha sostenido el Tribunal que lo atinente a la imposición de costas en las instancias ordinarias o locales es una cuestión fáctica y procesal, propia de los jueces de la causa y ajena, en principio, a la vía del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 308:1076 y 1917).

También se ha afirmado que corresponde hacer excepción a esa regla cuando el pronunciamiento contiene solo una fundamentación aparente, prescinde de circunstancias relevantes del proceso, o no satisface la exigencia de validez de las decisiones que impone siempre la aplicación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos comprobados en la causa (Fallos: 311:357 y 2004 y 316:224)

Tal circunstancia no concurre en el presente caso en el cual los agravios vertidos por la actora en la impugnación federal rechazada no contaron con la suficiente fundamentación, ni guardaban relación directa e inmediata con la solución pretendida por la recurrente (v. fs. 441), lo que torna inadmisibile la queja interpuesta en estos estrados (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por la demandada a fs. 388/405 y se confirma el pronunciamiento apelado. Con costas. Se desestima la queja P692.XLVII y se intima a la recurrente a que, dentro del quinto día, haga efectivo el depósito establecido por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja.

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 **Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires**, representada por la doctora **María Carolina Guerrero**.

Traslado contestado por **O.M.PL.**, curador de **J.M.PL.**, representado por la Dra. **Lorena Vanesa Totino**.

Recurso de hecho interpuesto por **O.M.PL.**, curador de **J.M.PL.**, representado por la Dra. **Lorena Vanesa Totino**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n° 2 de La Plata (Provincia de Buenos Aires)**. **Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata (Provincia de Buenos Aires)**.

**BANCO CREDICOOP COOPERATIVO LIMITADO c/
ENTRE RÍOS, PROVINCIA DE s/ ACCION DECLARATIVA DE
INCONSTITUCIONALIDAD**

IMPUESTO A LA CAPACIDAD PRESTABLE

Cabe hacer lugar a la demanda promovida a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 8293 de la Pcia. de Entre Ríos, en virtud del cual se exige a la actora el pago del impuesto “a la capacidad prestable” generada con recursos locales y no utilizada en el territorio provincial, pues la autoridad local excedió sus facultades al dictar una norma relativa a la “selección” del crédito, entendiéndose por tal a las pautas en ella fijadas, destinadas a que entidades financieras de la provincia dirijan los créditos a determinadas personas, para evitar el pago del impuesto, y,

en efecto, se trata de una disposición legislativa “orientadora del crédito”, en el sentido de que la intención es que los recursos captados en el ámbito local no salgan de ella y sean aplicados a personas físicas, jurídicas o entes con radicación permanente y con actividad económica desarrollada en esa jurisdicción.

IMPUESTO A LA CAPACIDAD PRESTABLE

Cabe hacer lugar a la demanda promovida a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 8293 de la Pcia. de Entre Ríos, en virtud del cual se exige a la actora el pago del impuesto “a la capacidad prestable” generada con recursos locales y no utilizada en el territorio provincial, pues no obstante la tesis de que las provincias pueden ejercer el poder de policía financiero en este aspecto de la “selección del crédito (preferencias crediticias a determinados sectores de la economía, incluyendo menores tasas de interés) respecto de las entidades que desarrollen sus actividades en su respectiva jurisdicción, por entender que no existe razón que funde el ejercicio de esta potestad por parte del poder central, de acuerdo al contenido de las normas de la Carta Orgánica del Banco Central y la ley de Entidades Financieras antes examinadas, resulta que el poder de policía en la especie compete al Estado Nacional por delegación expresa de la materia federal implicada.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 104/131 vta., el Banco Credicoop Cooperativo Limitado inició la presente acción de certeza contra la provincia de Entre Ríos, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para que se haga cesar el estado de incertidumbre sobre la exigibilidad del impuesto a la capacidad prestable no utilizada por las entidades financieras, instaurado por la ley local 8.293, y que, en consecuencia, se declare su ilegalidad e inconstitucionalidad.

Señaló que es una entidad financiera de carácter cooperativo, regida por la ley 21.526, que desarrolla actividades en el territorio de la demandada desde fines de 1998, y que en la actualidad posee allí cuatro sucursales. Dijo que a partir de enero de 2000 la Dirección General de

Rentas de la provincia la intimó a presentar las declaraciones juradas del gravamen y a pagarlo. Agregó que, oportunamente, y a los meros efectos formales, realizó y presentó las declaraciones solicitadas, pero que no hizo abono alguno pues considera que la gabela colisiona con expresas disposiciones de la Constitución Nacional.

Dada esa situación, relató que tras ser inspeccionada por agentes fiscales durante el año 2005, le fue determinado de oficio el gravamen por los períodos 9/2000 a 8/2005 (ver resolución 285/06, del 18 de octubre de 2006, cuya copia obra a fs. 69/72), intimándole el ingreso de \$ 7.952.829,50 en concepto de capital, \$ 4.934.929,66 de intereses, y una multa por la omisión, equivalente al 50%. Puntualizó que recurrió oportunamente dicho acto en sede administrativa.

Tras indicar que la vía procesal resulta apta para arribar al resultado pretendido, hizo una reseña de su giro comercial durante la crisis económica nacional que se inició a finales del 2001, y destacó que hubo una insuficiencia de demanda en materia financiera con el consiguiente exceso de liquidez, circunstancia que le obligó a derivar parte de los recursos obtenidos en Entre Ríos a colocaciones e inversiones de diferente tipo, en otras jurisdicciones.

Desde su perspectiva, la ley 8.293 grava actividades y bienes realizados fuera de la jurisdicción provincial, además de inducir a las entidades financieras a colocar en la provincia los recursos financieros allí obtenidos, en detrimento de otras alternativas de inversión, recreando una suerte de aduana interior, y colisionando con los arts. 9° a 12; 75, inc. 13; y 126 de la Constitución Nacional. Así, produce una discriminación en cuanto al origen y al destino de los fondos que la institución financiera maneja, que no resulta admisible según las normas indicadas.

Sostuvo también que el tributo resulta confiscatorio en su caso ya que importa una alícuota efectiva anual del 18% sobre determinados activos, ocasionando una obligación fiscal que supera en promedio casi en 20 veces lo que ha de pagar por el impuesto provincial sobre los ingresos brutos. Así, señaló que se vio despojada de una parte significativa de su renta, llegando incluso a absorberla completamente en el ejercicio 2004, situación que es en realidad más grave si se computa el resto de los gravámenes, nacionales y locales, que ha de pagar.

Expresó, por otra parte, que la “capacidad prestable” no importa una manifestación de capacidad económica puesto que, en sustancia y más allá de tecnicismos bancarios, constituye una riqueza ajena, dado que son los depósitos de terceros que administra financieramente.

A todo ello, agregó que, además, el tributo resulta contrario a lo establecido por la ley 23.548 en su art. 9, inc. b, dado que está gravando un activo ya alcanzado por el impuesto a la ganancia mínima presunta, guardando sustancial analogía con éste.

Solicitó que se citara al Estado Nacional como tercero interesado, en los términos del art. 94 del CPCCN, al denunciar que la causa posee gravedad institucional debido a que colisiona con competencias específicamente puestas en sus manos por la Carta Magna, interfiriendo con la política que fija el Banco Central con relación a su actividad.

Por último, solicitó la concesión de una medida cautelar de no innovar, en las condiciones previstas por los arts. 230 y cc, del CPCCN, para que la provincia se abstuviera de iniciar acciones tendientes al efectivo cobro de las sumas reclamadas, hasta tanto se dicte aquí sentencia definitiva.

- II -

A fs. 392/393 vta., la actora manifestó que mediante la resolución 335/07 de la Dirección General de Rentas, del 17 de agosto de 2007 (ver copia de su notificación mediante nota 548/07 a fs. 388/391), se había rechazado el recurso de reconsideración interpuesto oportunamente contra su similar 285/06.

Posteriormente, a fs. 402/402 vta., informó que la resolución 107/08 desestimó el recurso de apelación contra su similar 335/07, en los términos de los arts. 101, 103 y cc. del Código Fiscal, teniéndolo por no presentado ante la falta del pago previo de las sumas exigidas. Agregó que en dicho acto se le exigía el ingreso, bajo apercibimiento de iniciar la vía de apremio.

- III -

V.E. hizo lugar a la medida cautelar solicitada, en su resolución del 8 de julio de 2008, obrante a fs. 404/409, al entender que estaban suficientemente acreditados tanto la verosimilitud del derecho invocado como los demás presupuestos del art. 230 del código de rito.

- IV -

La Provincia de Entre Ríos contestó la demanda a fs. 431/451 vta.

Tras poner en tela de juicio la procedencia del camino procesal escogido por la actora, expresó que debió haber intentado la vía contencioso administrativa local. Con respecto a la exigencia del pago previo,

manifestó que dicha parte no demostró ni intentó probar que el monto en cuestión resultara excesivo o le impidiera ejercer su derecho de defensa en sede provincial.

En cuanto al fondo del asunto, tras criticar la conducta reticente del contribuyente, que obligó a la Dirección General de Rentas a inspeccionarlo y a determinar de oficio el gravamen, dijo que el dictado de la ley 8.293 pretendió el desarrollo y progreso de la población de Entre Ríos, acompañando el avance del resto de la Nación. Agregó que persigue que los recursos obtenidos en la provincia sean reinvertidos en ella, beneficiando a quienes los generaron y que si el banco actor hubiera cumplido con los fines cooperativos de su objeto social, seguramente el monto del tributo reclamado sería menor o, inclusive, no habría nada que abonar.

Destacó que el bien jurídico que la norma pretende tutelar es el equilibrio financiero de la provincia, incentivando la reinversión de los fondos que allí fueron captados.

Negó que el tributo erija una aduana interior, como asimismo que pudiera ocasionar un efecto confiscatorio en el patrimonio o en la renta de la institución actora.

Asimismo, afirmó que al no haber superposición con el impuesto a la ganancia mínima presunta, la gabela en crisis respeta los compromisos asumidos por la provincia al adherir a la ley federal de coparticipación.

- V -

Según lo pienso, V.E. sigue siendo competente para entender en estas actuaciones, tal como fue dictaminado por este Ministerio Público a fs. 383, y decidido por V.E. en su sentencia de fs. 404/409, considerando 2°.

- VI -

Liminarmente, corresponde señalar que la pretensión de la actora se encuentra dirigida a dilucidar el estado de falta de certeza en que se encuentra frente al impuesto creado por la ley local 8.293, denominado "a la capacidad económica prestable" generada con recursos locales y no utilizada en el territorio provincial, por el período comprendido entre septiembre del 2000 y agosto del 2005, ambos incluidos.

Al respecto, no es ocioso recordar que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una

indagación meramente especulativa y responda a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros).

Sobre la base de estas premisas y contrariamente a lo sostenido por la demandada, estimo que se verifican los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN.

Efectivamente, en primer lugar observo que mediante la resolución DPR 258/06 (ver fs. 69/72) se determinó de oficio el impuesto pretendido por la Provincia, con sus accesorios, a la vez que se intimó su ingreso en el plazo de quince días hábiles a partir de su notificación. Este requerimiento —al que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal— representa una conducta explícita de la Dirección Provincial de Rentas de la demandada, dirigida a la “*percepción*” del impuesto que estima adeudado (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, cons. 3°, y E.115, L.XXXIV, “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, sentencia del 3 de mayo de 2007).

Aquel comportamiento, enderezado al cobro del tributo, sumió a la peticionante en un “estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica”, entendiéndose por tal a aquella que es “*concreta*” al momento de dictarse el fallo.

Y tal concreción se verifica cuando se ha producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético (dictamen de este Ministerio Público in re “Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero”, del 4 de diciembre de 1986, compartido por V.E. en Fallos: 310:606, cons. 2°, criterio reiterado en Fallos: 311:421, cons. 3°).

En virtud de lo expuesto y tal como adelanté, estimo que se encuentran reunidos la totalidad de los requisitos fijados por la ley de rito para la procedencia de la acción declarativa intentada.

- VII -

Con relación al fondo del asunto, es pertinente recordar que, de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefi-

nidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (arg. Fallos: 304:1186; 320:619, entre muchos otros).

Ello sentado, y como lo tiene dicho esa Corte desde antiguo, es indudable la facultad de las provincias de “darse leyes y ordenanzas de impuestos locales... y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 108 (actual 126) de la Constitución Nacional” (Fallos: 7:373, entre muchos otros), toda vez que, “entre los derechos que constituyen la autonomía de las provincias, es primordial el de imponer contribuciones y percibir las sin intervención alguna de autoridad extraña” (arg. Fallos: 51:349; 114:282; 178:308; 320:619, entre muchos otros).

Por lo tanto, es lógico concluir, como lo ha hecho V.E. desde sus orígenes mismos y de modo reiterado, que “los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por éstas últimas” (Fallos: 3:131; 302:1181, entre otros).

En el mismo orden de ideas, tiene dicho el Tribunal que si bien las provincias conservan los poderes necesarios para el cumplimiento de sus fines y, entre ellos, las facultades impositivas que conduzcan al logro de su bienestar y desarrollo, por lo que pueden escoger los objetos imponibles y la determinación de los medios para distribuirlos en la forma y alcance que les parezca conveniente, tales atribuciones encuentran el valladar infranqueable de los principios consagrados en la Constitución Nacional (arg. Fallos: 310:2443; 320:1302, cons. 4°, entre otros).

Entre el conjunto de principios constitucionales a que se refiere esa Corte en la jurisprudencia citada, destaca el precepto del inc. 13 del art. 75 de la Constitución Nacional, que atribuye al Congreso de la Nación la facultad de regir el comercio interprovincial y con los estados extranjeros, actividad caracterizada ya en la trascendente y más que centenaria sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América dictada en el caso “Gibbons”. En la causa de Fallos: 319:998, V.E. afirmó que “el comercio es sin duda tráfico pero es algo más, es relación”, y que tal exégesis del principio constitucional abría “el camino para una interpretación dinámica —compatible y necesaria para su vivencia permanente— y que acordó contenido expansivo a un

proceso de transformación económica, con relaciones cada vez más complejas e interdependientes”. De esta forma también se recordó la inveterada doctrina de Fallos: 154:104, en que se sostuvo que el vocablo “comercio” comprende, “además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles por todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio de ideas, órdenes y convenios” defendiendo el poder para regularlo como propio del Congreso Nacional, cuyo ejercicio se corresponde de manera “tan completa como en un país de régimen unitario”.

Potestad que, conviene tenerlo presente, “se relaciona estrechamente con las restantes disposiciones de la Ley Fundamental destinadas a impedir los obstáculos a la libre circulación económica (arts. 9°, 10 y 11)” (Fallos: 320:1302, cons. 3°, *in fine*).

- VIII -

Pienso que la doctrina referida en el acápite anterior permite colocar el asunto aquí tratado en su recto quicio, a fin de decidir sobre la constitucionalidad del gravamen cuestionado por la actora, quien le reprocha, en primer término, que resulta violatorio de lo dispuesto por los arts. 9°, 10 y 11 de la Constitución Nacional.

En efecto, el art. 1° de la ley 8.293 estableció un gravamen a la capacidad prestable neta generada con recursos locales y no utilizada en la provincia, determinando que los sujetos pasivos serían las entidades financieras sujetas al régimen de la ley 21.526 que se hallaren radicadas en su jurisdicción.

A mi modo de ver, la obligación de pago del impuesto nace cuando la capacidad prestable de las entidades financieras, “generada por los recursos captados en el ámbito de la Provincia de Entre Ríos” (art. 2°, primera parte) se aplica a personas físicas, jurídicas o entes que no poseen radicación permanente o actividad económica desarrollada en el territorio de la provincia (art. 2°, segunda parte).

Es decir que, viendo las cosas por la negativa, no hay gravamen si las entidades financieras aplican toda esa capacidad prestable obtenida en la provincia a operaciones realizadas con personas radicadas o con actividad económica dentro de ese territorio.

La demandada reconoce que dicha ley “no pretende otra cosa, que la reinversión de los recursos obtenidos en la Provincia en su propia Provincia ‘beneficiando’ a quienes generaron los recursos que el Banco captó” (fs. 441 vta.) y que “El bien jurídico que la norma pretende tutelar es el equilibrio financiero de la Provincia, en su mani-

festación institucionalizada, incentivando la reinversión y desalentando todo propósito de condicionar el normal desenvolvimiento de su economía a través de la inanición financiera provocada por la captación de recursos sin una correlativa reposición” (fs. 442 vta.).

A mi modo de ver, lo dicho basta para dejar en claro que se trata de un tributo que discrimina aquellos préstamos de la actora realizados en jurisdicción foránea, utilizando fondos captados en Entre Ríos, para inducir a que ellos se vuelquen en su propio territorio.

Y tal tipo de disposiciones, es claro, afecta la supremacía de los arts. 9º, 10, 11 y 75 (inc. 13) de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 201:202; 205:131; 210:1129, entre otros).

Como ha dicho V.E., el otorgamiento al gobierno nacional de la facultad de reglar el comercio marítimo y terrestre con las nacionales extranjeras y de las provincias entre sí, contenida en el inc. 13 del art. 75 de la Constitución Nacional, “ha limitado las atribuciones provinciales, que no pueden afectar el comercio o la libre circulación de mercaderías (arts. 9º a 11 de la Constitución Nacional), eventualidad invalidante que se produce cuando el gravamen establecido por las autoridades locales funciona de hecho —y aunque no se le acuerde formalmente tal carácter— como un derecho aduanero, afectando la entrada, tránsito y salida de un producto (Fallos: 135:171; 163:285; 174:193; 280:203) o cuando las mercaderías son gravadas en forma diferencia en razón de su destino (Fallos: 298:341)” (Fallos: 316:1962, consid. 3º, segundo párrafo, de la causa: “Sociedad Anónima Agrícola, Ganadera, Inmobiliaria “El Bagual” v. Provincia de Entre Ríos”; subrayado añadido).

Cabe recordar que es pacífica y constante la jurisprudencia de V.E., a partir del precedente de Fallos: 306:516, que si bien los preceptos constitucionales referidos al comercio interjurisdiccional “no fueron concebidos para invalidar absolutamente todos los tributos locales que inciden sobre el comercio interprovincial, reconociendo a éste una inmunidad o privilegio que lo libere de la potestad de imposición general que corresponde a las provincias” (ver cons. 10), dichas normas sí protegen al comercio interprovincial —entre otros supuestos— “de los gravámenes discriminatorios”, hipótesis que, como dije, se verifica en la especie.

- IX -

En virtud de lo expuesto, considero que cabe hacer lugar a la demanda, siendo insustancial el análisis de los demás argumentos esgrimidos por la actora. Buenos Aires, 29 de marzo de 2011. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 26 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Banco Credicoop Cooperativo Limitado c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de los que

Resulta;

D) A fs. 104/131 vta., el Banco Credicoop Cooperativo Limitado promueve la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Entre Ríos, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley local 8293, pues con fundamento en dicho texto normativo la demandada exige el pago de un impuesto denominado “a la capacidad prestable” generada con recursos locales y no utilizada en el territorio provincial.

Afirma ser una entidad financiera de carácter cooperativo, regida por la ley 21.526, que desarrolla actividades en el territorio de la demandada desde fines de 1998, y que en la actualidad tiene allí cuatro sucursales.

Sostiene que de acuerdo a los términos de la ley 8293, y de sus disposiciones reglamentarias, el objeto perseguido por el gobierno provincial consistió en inducir a las entidades financieras a colocar en la provincia los recursos obtenidos en el sector. Ello, a su entender, en detrimento de cualquier otra alternativa de inversión que se le presentara a la entidad o incluso soslayando la alternativa de ausencia de demanda de crédito que pudiera registrarse dentro del ámbito local, generadora de un excedente de liquidez, la que también sería alcanzada por el gravamen.

Señala, en ese sentido, que el tributo importa la pretensión de gravar depósitos y colocaciones fuera de la jurisdicción de la Provincia de Entre Ríos, que determina una aduana interior que grava el movimiento interno de los recursos financieros del banco por el solo hecho de que sean captados en jurisdicción local y se inviertan fuera de ella, que esa situación obstaculiza la libre circulación interprovincial de los bienes y que, por lo tanto, la norma que la autoriza resulta violatoria del régimen de coparticipación federal y de los artículos 9° a 12, 19, 75, inc. 13, y 126 de la Constitución Nacional.

Indica que a partir de enero de 2000, la Dirección General de Rentas de la provincia la intimó a presentar las declaraciones juradas del gravamen en cuestión y a pagarlo.

Recuerda que, oportunamente, y a los meros efectos formales, realizó y presentó las declaraciones solicitadas, pero que no hizo pago alguno pues —a su juicio— la gabela colisiona con expresas disposiciones de la Constitución Nacional.

Relata que dada la situación antedicha, y tras ser inspeccionada por agentes fiscales durante el año 2005, le fue determinado de oficio el gravamen por los periodos 9/2000 a 8/2005 (ver resolución 2851/06, del 18 de octubre de 2006, cuya copia obra a fs. 69/72), intimándole el ingreso de \$ 7.952.829,50 en concepto de capital, \$ 4.934.929,66 de intereses, y una multa por la omisión equivalente al 50%. Observa que recurrió oportunamente dicho acto en sede administrativa.

Sostiene que la aplicación del impuesto produce una discriminación en cuanto al origen y al destino de los fondos que la institución financiera maneja, que no resulta admisible a la luz de las normas referidas.

Indica además que el tributo resulta confiscatorio, en su caso, ya que importa una alícuota efectiva anual del 18% sobre determinados activos, ocasionando una obligación fiscal que supera en promedio casi en 20 veces lo que ha de pagar por el impuesto provincial sobre los ingresos brutos. Dice que se vio despojada de una parte significativa de su renta, llegando incluso a absorberla completamente en el ejercicio 2004, situación que es en realidad más grave si se computa el resto de los gravámenes, nacionales y locales, que ha de pagar.

Argumenta que la “capacidad prestable” no importa una manifestación de capacidad económica dado que en sustancia y más allá de tecnicismos bancarios constituye una riqueza ajena en tanto se administran depósitos de terceros.

A todo ello, añade que el tributo resulta contrario a lo establecido por la ley 23.548 en su artículo 9°, inciso b, dado que grava un activo ya alcanzado por el impuesto a la ganancia mínima presunta, guardando sustancial analogía con éste.

Explica el giro comercial de la entidad durante la crisis económica del 2001, y destaca que hubo una insuficiencia de demanda en materia financiera con el consiguiente exceso de liquidez, circunstancia que le obligó a derivar parte de los recursos obtenidos en Entre Ríos a colocaciones e inversiones de diferente tipo, en otras jurisdicciones.

Solicita que se ordene una prohibición de innovar por medio de la cual se le haga saber a la Provincia de Entre Ríos que deberá suspender la vigencia de la ley impugnada respecto de las operaciones que realice la parte actora hasta tanto se dicte sentencia en estas actuaciones.

Finalmente pide que se cite como tercero al Estado Nacional, en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

II) A fs. 404/409 se declaró la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se hizo lugar a la medida cautelar pedida.

III) A fs. 431/451 vta., la Provincia de Entre Ríos contesta la demanda.

Tras poner en tela de juicio la procedencia de la acción declarativa, argumenta que debió haber intentado la vía contencioso administrativa local. Con respecto a la exigencia del pago previo, señala que la actora no acreditó que el monto en cuestión resultara excesivo o le impidiera ejercer su derecho de defensa en sede provincial.

Explica que con el dictado de la ley 8293 se buscó procurar el desarrollo y progreso de la población de Entre Ríos acompañando el avance del resto de la Nación.

Indica que la norma en cuestión persigue que los recursos obtenidos en la provincia sean reinvertidos en ella, beneficiando a quienes los generaron. Aduce que si el banco actor hubiera cumplido con los fines cooperativos de su objeto social, seguramente el monto del tributo reclamado sería menor o, inclusive, no habría nada que abonar.

Puntualiza que el bien jurídico que la norma pretende tutelar es el equilibrio financiero de la provincia, incentivando la reinversión de los fondos que allí fueron captados.

Niega que el tributo erija una aduana interior, como también que pudiera producir un efecto confiscatorio en el patrimonio o en la renta de la institución actora.

Sostiene, asimismo, que al no haber superposición con el impuesto a la ganancia mínima presunta, la gabela en crisis respeta los compromisos asumidos por la provincia al adherir a la ley de coparticipación federal.

IV) A fs. 383 y 612/615 lucen los dictámenes de la señora Procuradora Fiscal acerca de la competencia y de las cuestiones constitucionales propuestas.

V) A fs. 618, la parte actora denunció el dictado de la ley provincial 9912, publicada en el Boletín Oficial provincial el 29 de mayo de 2009, a través de la cual se dispuso la derogación de la ley 8293 y del capítulo IV de la ley 9376 (v. fs. 617).

En su mérito, a fs. 619 y dado que esta Corte ha señalado reiteradamente que sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al tiempo de su dictado, aunque sean sobrevinientes (arg. Fallos: 313:1081; 320:1875, entre muchos otros), el Tribunal requirió a la actora que le informara dentro del décimo día de notificada, si se había acogido al régimen especial de facilidades de pago instituido por medio de la citada ley 9912 respecto de las sumas devengadas por el impuesto hasta su entrada en vigencia y, en su caso, si mantenía interés en la prosecución del trámite de estas actuaciones.

A fs. 621 la actora puso en conocimiento del Tribunal que "...no se ha acogido al régimen especial de facilidades de pago instaurado mediante la Ley 9912".

Asimismo, manifestó que "...toda vez que la derogación del impuesto a la capacidad prestable dispuesta por la Ley 9912 resulta posterior a la promoción de las presentes actuaciones, su dictado en nada afecta el interés de mi representada en que S.E. resuelva la cuestión traída a juzgamiento".

Considerando:

1º) Que la presente demanda corresponde a la competencia origi-

na de esta Corte en virtud de lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2°) Que de conformidad con lo que se desprende de los resultandos precedentes, la cuestión propuesta comprende el examen del régimen establecido por la ley 9912, que abrogó la ley 8293 y el capítulo IV de la ley 9376, impugnados en un principio por la institución actora.

No obstante ello, si bien es cierto que por medio del artículo 1° de la ley 9912 se derogaron las normas referidas, lo es también que de la lectura de sus términos es fácil colegir que la ley 8293 proyecta sus efectos sobre el sub lite. En efecto, el artículo 2° de aquella fijó un Régimen Especial de Facilidades de Pagos, de hasta sesenta (60) cuotas mensuales, iguales y consecutivas, con un interés de financiación del 2% mensual, para la regularización de deudas provenientes del impuesto a la capacidad prestable devengadas hasta su entrada en vigencia.

Para los contribuyentes y responsables que se hallaren sometidos a juicio de ejecución fiscal o sus deudas se encontraren en curso de discusión administrativa o contencioso administrativo, se determinó que el acogimiento al nuevo régimen implicaría el allanamiento a asumir el pago de las costas generadas por su defensa o intervención, así como el desistimiento y renuncia de las defensas planteadas o con derecho a plantearse en sede administrativa o judicial, con el consiguiente reconocimiento del derecho esgrimido por el Fisco Provincial con anterioridad a su sanción (artículo 3°).

Dado que la actora no se acogió a este régimen de facilidades de pagos, según surge del escrito de fs. 621, la deuda resulta ejecutable y en consecuencia subsiste el conflicto originado con motivo de la aplicación del gravamen y la consiguiente impugnación constitucional.

3°) Que al respecto cabe consignar que los períodos que se discuten son de 2000 al 2005 inclusive y que la pretensión fiscal ascendía en septiembre de 2007 a \$ 19.257.028,09 (v. fs. 1215 del expediente administrativo 101.764/2005 DGR).

De dichas actuaciones surgen las presentaciones efectuadas por la actora; así, el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución DGR 258/06 de la Dirección General de Rentas provincial

(fs. 1151/1156) que fue rechazado por la resolución DGR 335/07 (fs. 1195/1225) con sustento en el dictamen técnico de fs. 1185/1194. Al confirmar la anterior, dicha resolución dispuso llevar adelante los trámites encaminados a la percepción de la deuda tributaria, extremo que constituye una conducta explícita de la autoridad fiscal provincial en el sentido indicado.

4º) Que, en tales condiciones, la demanda deducida constituye una vía idónea para suscitar la intervención de este Tribunal, pues no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta sino que procura prevenir los efectos de la aplicación de la ley provincial 8293 —a través del régimen instaurado por la ley 9912—, a la que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, a la par de fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en el conflicto (Fallos: 311:421; 318:30; 323:1206; 327:1034 y 333:2367).

No empee a lo expuesto que en el sub lite no se hayan emitido actos relacionados con la ley 9912 en lo que respecta a la actora, que sean similares a los ya dictados bajo el imperio de la legislación derogada; ya que la demandante está alcanzada por la pretensión fiscal, en la medida en que la provincia determinó las condiciones a las que debe someterse.

Al proyectarse los efectos de la ley abrogada sobre la actividad de la actora, persiste el agravio jurídico económico que pretende ser tutelado.

5º) Que la ley 8293 estableció en el ámbito de la Provincia de Entre Ríos un gravamen “a la capacidad prestable neta generada con recursos locales y no utilizada en la Provincia” por las entidades financieras sujetas al régimen de la ley 21.526 que se encuentren radicadas en esa jurisdicción (artículo 1º).

La base imponible se determinaría “por la diferencia positiva entre la capacidad prestable generada por los recursos captados en el ámbito de la Provincia de Entre Ríos y las aplicaciones que de ella se haga entre personas físicas, jurídicas o entes con radicación permanente y con actividad económica desarrollada en el territorio de la Provincia de Entre Ríos” (artículo 2º).

También se dispuso que “la capacidad prestable, la aplicación de los recursos y la determinación de la base imponible se calcularán respetando las normas que al efecto establece el Banco Central de la República Argentina las que serán expuestas en el decreto reglamentario” (artículo 3°).

A su vez, la ley 9376 del año 2001 reguló en su capítulo IV la determinación de la base imponible al impuesto de capacidad prestable en orden a los extremos que se deberían considerar a los fines de dicha determinación.

La reglamentación de la ley 8293 se concretó con el dictado del decreto 6434/1989, que en su artículo 1° fijó en el 1,5% la alícuota del referido impuesto.

Asimismo, por medio de la resolución 187/2000 de la Dirección General de Rentas (D.G.R.) de la Provincia de Entre Ríos, se establecieron los procedimientos de información, determinación e ingreso, plazos y demás condiciones que indica la resolución (artículo 1°). También se aprobó un sistema aplicativo y el formulario de declaración jurada DGR-L12 y el Anexo I, y se determinó que la falta de cumplimiento de dichas disposiciones sería sancionada según los términos del Código Fiscal.

6°) Que el examen de los antecedentes de la causa y de las normas pertinentes exige valorar si la ley 8293 y el régimen resultante de la ley 9912 para hacer efectivo el cobro del impuesto creado por aquella, avanzaron sobre aspectos que atañen al manejo de la regulación del mercado del crédito de la Nación, delegada normativamente al Banco Central; y si su aplicación y efectos perturban el comercio y la libre circulación de mercaderías dentro del territorio de la República Argentina.

A ese fin se debe examinar la validez del régimen impositivo desde su compatibilidad con las disposiciones del Banco Central que regulan la especie; y desde su exigibilidad frente a las cláusulas contenidas en los artículos 9°, 12, y 75, inciso 13 de la Constitución Nacional; dado que los actos de las legislaturas provinciales pueden ser invalidados en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos un poder exclusivo, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las

provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos (Fallos: 3:131; 302:1181, entre muchos otros).

7°) Que el encargado del manejo de la política monetaria (y la regulación del crédito) es el Banco Central, en tanto que el fundamento jurídico de esa función se encuentra en la norma del artículo 75, incisos 6°, 11, 19 y 32 de la Constitución Nacional, según la cual corresponde al Congreso establecer y reglamentar un Banco federal con facultad de emitir moneda, fijar y defender su valor, y dictar las normas necesarias para poner en ejercicio los poderes antecedentes.

Así lo reconoce también el propio Estado provincial, el que en el artículo 3° de la ley 8293 determinó que “Tanto la capacidad prestable, la aplicación de los recursos, y la determinación de la base imponible se calcularán respetando las normas que al respecto establece el Banco Central de la República Argentina las que serán expresadas en el decreto reglamentario”.

8°) Que esta Corte ha resuelto en Fallos: 310:203 que “es admisible la delegación en el Banco Central del llamado poder de policía bancario o financiero, con las consiguientes atribuciones para aplicar un régimen legal específico, dictar normas reglamentarias que lo complementen, ejercer funciones de fiscalización de las entidades y aplicar sanciones por transgresiones a dicho régimen. Razones de bien público y de necesario gobierno a que responde la legislación financiera y cambiaria encuentran base normativa en las cláusulas del artículo 67, incisos 5°, 16 y 28 de la Constitución Nacional”; como así también ha establecido que “el conjunto de normas que otorga facultades al Banco Central en materia cambiaria y que complementa e integra la regulación de la actividad financiera que se desarrolla en el país convierte a esta entidad autárquica en el eje del sistema financiero, concediéndole atribuciones exclusivas e indelegables en lo que se refiere a política monetaria y crediticia, la aplicación de la ley y su reglamentación y la fiscalización de su cumplimiento”.

9°) Que de acuerdo a la Carta Orgánica del Banco Central, ley 24.144 (texto según la reforma introducida por la ley 26.739, B.O. 28/03/2012), su estatuto por excelencia, “El banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social”

(artículo 3°).

Entre las atribuciones descriptas en el artículo 4°, se destacan para la consecución de esos fines, y en lo que aquí interesa que: a) Regula el funcionamiento del sistema financiero, aplica la Ley de Entidades Financieras y las normas que, en su consecuencia, se dicten; b) Regula la cantidad de dinero y las tasas de interés y regula y orienta el crédito; e) Debe contribuir al buen funcionamiento del mercado de capitales; g) Regula, en la medida de sus facultades, los sistemas de pago, las cámaras liquidadoras y compensadoras, las remesadoras de fondos y las empresas transportadoras de caudales, así como toda otra actividad que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria; h) Provee a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia, coordinando su actuación con las autoridades públicas competentes en estas cuestiones.

A su vez, en función de lo anterior, le corresponde al Directorio: a) Intervenir en las decisiones que afecten al mercado monetario y cambiario; b) Prescribir requisitos de encaje, sujeto a las condiciones establecidas en el artículo 28; d) Establecer relaciones técnicas de liquidez y solvencia para las entidades financieras; g) Fijar políticas generales que hacen al ordenamiento económico y a la expansión del sistema financiero; r) Regular las condiciones del crédito en términos de riesgo, plazos, tasas de interés, comisiones y cargos de cualquier naturaleza, así como orientar su destino por medio de exigencias de reservas, encajes diferenciales u otros medios apropiados; t) Dictar normas que preserven la competencia en el sistema financiero; entre otras (el subrayado no es original).

Asimismo en orden a las facultades de superintendencia el Banco Central debe “ordenar a las entidades que cesen o desistan de llevar a cabo políticas de préstamos o de asistencia financiera que pongan en peligro la solvencia de las mismas” (artículo 47, inciso c).

10) Que es relevante en el sub lite la potestad expresamente atribuida de “regular y orientar el crédito”, dado que intensifica la actuación del Banco Central en cuanto a la señalada regulación como facultad delegada en esa institución, a nivel federal.

11) Que en atención a la estrecha vinculación que hay entre la moneda y la circulación de los medios de pago que crean los propios

bancos, al Banco Central le compete articular el adecuado flujo de un medio y su presencia dentro de la economía.

Si las herramientas que se emplearen a ese fin, entre las cuales se encuentra la fijación de la política de crédito, fueran manejadas localmente por alguna provincia, o por más de una, o por varias o todas, ello provocaría una distorsión de ese mercado al cual el Banco Central está llamado a encauzar.

12) Que el hecho de que aquél regule el sistema financiero y crediticio implica también el control sobre las entidades financieras, como la aquí actora, tanto con respecto a la expansión del crédito, como a su otorgamiento.

La ley de entidades financieras, 21.526, establece que el Banco Central es su autoridad de aplicación (artículo 4º) y que “la intervención de cualquier otra autoridad queda limitada a los aspectos que no tengan relación con las disposiciones de la presente ley”.

También dispone “que las entidades comprendidas en la ley se ajustarán a las normas que se dicten en especial sobre: a) límites a la expansión del crédito tanto en forma global como para los distintos tipos de préstamos y de otras operaciones de inversión; e) relaciones técnicas a mantener entre los recursos propios y las distintas clases de activos, los depósitos y todo tipo de obligaciones e intermediaciones directas o indirectas; de las diversas partidas de activos y pasivos, y para graduar los créditos, garantías e inversiones” (artículo 30); y que “las entidades deberán mantener las reservas de efectivo que se establezcan con relación a depósitos, en moneda nacional o extranjera, y a otras obligaciones y pasivos financieros”.

13) Que esas facultades del Banco Central no se hallan dirigidas a individuos cualesquiera, sino a cierta clase de personas jurídicas que desarrollan una actividad específica (intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros) y esa actividad afecta en forma directa e inmediata todo el espectro del mercado financiero y la política monetaria y crediticia en el que se hallan involucrados vastos intereses económicos y sociales, en razón de los cuales se ha instituido un sistema de contralor permanente, que comprende desde la autorización para operar hasta su cancelación (Fallos: 305:2130 y 317:1391).

14) Que ello es así porque la actividad bancaria y financiera reglada por las leyes 21.526 y 24.144, modificada por la ley 26.739, debe entenderse como configurativa de un sistema en el que converge un conjunto complejo de relaciones que interactúan en diversas formas, lo que significa que cada toma de decisión trasciende la situación inmediata y surte efectos también a nivel sistémico.

Tal carácter constituye un factor tipificante de la actividad bancaria, e importa que la suerte de cada operación o el funcionamiento de cada entidad financiera no puede considerarse y tratarse de modo aislado, sino inmerso en el conjunto de unas y otras, en atención a la repercusión o resonancia que cada situación pueda provocar en los restantes factores de la dinámica del mercado. A su vez, la existencia del sistema implica que el ámbito donde se desarrollan las operaciones bancarias está conectado en su integridad, de modo que todas las partes que lo integran y operan son interdependientes y están sujetas a la influencia las unas de las otras.

15) Que en ese ámbito de validación, el Banco Central ha establecido a través de distintas comunicaciones la política de crédito a la que se deben adecuar las entidades financieras, la que debe estar orientada a financiar la inversión, la producción, la comercialización y el consumo de los bienes y servicios requeridos tanto por la demanda interna como por la exportación del país. Dentro de esa orientación, las entidades pueden definir libremente las condiciones y la instrumentación de sus operaciones crediticias con arreglo a las normas sobre “gestión crediticia” y “tasas de interés en las operaciones de crédito” (Comunicación “A” 4311 incorporada al texto ordenado de las normas sobre política de crédito del B.C.R.A., 25/10/2007).

16) Que en ese contexto la autoridad provincial excedió sus facultades al dictar una norma relativa a la “selección” del crédito, entendiendo por tal a las pautas en ella fijadas, destinadas a que entidades financieras de la provincia dirijan los créditos a determinadas personas, para evitar el pago del impuesto. En efecto, se trata de una disposición legislativa “orientadora del crédito”, en el sentido de que la intención es que los recursos captados en el ámbito de la Provincia de Entre Ríos no salgan de ella y sean aplicados a personas físicas, jurídicas o entes con radicación permanente y con actividad económica desarrollada en esa jurisdicción.

No obstante la tesis de que las provincias pueden ejercer el poder de policía financiero en este aspecto de la “selección” del crédito (pre-

ferencias crediticias a determinados sectores de la economía, incluyendo menores tasas de interés) respecto de las entidades que desarrollen sus actividades en su respectiva jurisdicción, por entender que no existe razón que funde el ejercicio de esta potestad por parte del poder central, de acuerdo al contenido de las normas de la Carta Orgánica del Banco Central y la ley de Entidades Financieras antes examinadas, resulta que el poder de policía en la especie compete al Estado Nacional por delegación expresa de la materia federal implicada.

Así, la política monetaria, crediticia y cambiaria y las consecuentes actividades de fiscalización de dichas políticas, resultan inherentes al Banco Central, por constituir la ley de entidades financieras una ley especial de carácter federal que el Congreso Nacional está facultado a dictar en miras del interés nacional, para ser aplicadas en todo el territorio de la República.

17) Que como corolario de lo hasta aquí expuesto es dable sostener que el gravamen tal como había sido concebido y cuyo cobro persigue la provincia demandada, avanza sobre facultades del Banco Central.

18) Que a la misma conclusión se llega en el punto de confrontar el gravamen provincial con los artículos 9° a 12 y 75, inc. 13 de la Constitución Nacional.

19) Que las cláusulas relacionadas de la Constitución Nacional buscan asegurar un espacio económico único, libre de trabas fundadas en el hecho de que la circulación de bienes y personas atraviese los límites provinciales. Se procura evitar acciones de inspiración proteccionista a favor de las actividades económicas internas de las provincias y en contra de bienes y servicios que provengan de las demás.

20) Que esa noción integradora resulta aplicable al caso de autos en tanto la actividad financiera (intermediación en el cambio de dinero) participa de la naturaleza y caracteres de las actividades comerciales (intermediación en el cambio de cosas). De tal manera la afectación en examen alcanza a la hipótesis de prestación de servicios financieros, por cuanto éstos participan del género "bienes", y se inscriben plenamente dentro de las múltiples actividades que pueden realizar los agentes económicos dentro de la economía, y que como tal, es pasible de sufrir discriminaciones y distorsiones por parte de los fiscos, en forma análoga a las que pueden afectar a las actividades

vinculadas con el tránsito de mercaderías desde el interior o hacia el exterior de la provincia.

21) Que tal como a fs. 612/615 lo observa la señora Procuradora Fiscal, si se examina el asunto por la negativa se llega a la conclusión de que no habría gravamen si las entidades financieras aplican toda esa capacidad prestable obtenida en la provincia a operaciones realizadas con personas radicadas o con actividad económica dentro de ese territorio. En efecto, la demandada reconoce que dicha ley “no pretende otra cosa, que la reinversión de los recursos obtenidos en la Provincia en su propia Provincia, ‘beneficiando’ a quienes generaron los recursos que el Banco captó” (fs. 441 vta.); y que “El bien jurídico que la norma pretende tutelar es el equilibrio financiero de la Provincia, en su manifestación institucionalizada, incentivando la reinversión y desalentando todo propósito de condicionar el normal desenvolvimiento de su economía a través de la inanición financiera provocada por la captación de recursos sin una correlativa reposición” (fs. 442 vta.).

Esas manifestaciones son por demás concluyentes y corroborantes de todo lo expuesto, pues disipan cualquier duda que se pudiese albergar al respecto, de que se trata de un impuesto que discrimina los préstamos que la actora realiza en otras jurisdicciones utilizando fondos captados en Entre Ríos, e impide su circulación a través de la pretensión inconstitucional de que se vuelquen exclusivamente en su territorio, so pena de tener que afrontar el gravamen, los intereses y la multa que la legislación establece, afectándose así la supremacía de las normas constitucionales citadas (Fallos: 201:202; 205:131; 210:1129, entre otros).

Por ello y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Hacer lugar a la demanda seguida por el Banco Credicoop Cooperativo Limitado contra la Provincia de Entre Ríos. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia a la Procuración General de la Nación y archívese.

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

Nombre del actor: **Banco Credicoop Cooperativo Limitado.**

Nombre del demandado: **Provincia de Entre Ríos y otro.**

Profesionales intervinientes: **Dres. Osvaldo H. Soler, Enrique D.J. Carrica; César Rodríguez Signes y Rosa Alvez Pinheiro de Acebal.**

**CIPPEC c/ EN M° DESARROLLO SOCIAL DTO. 1172/03 s/
AMPARO LEY 16.986**

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida y ordenó al Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Social- a brindar la información íntegra requerida por la actora referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al sector privado en los conceptos de “Ayuda social a las personas” y “Transferencias a Otras Instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro” otorgadas durante los años 2006 y 2007, pues la legitimación para presentar solicitudes de acceso a la información pública resulta suficiente con la sola condición de integrante de la comunidad para justificar la solicitud y una interpretación armónica de las disposiciones en materia de datos personales y de acceso a la información lleva a sostener que la disposición del art. 11 de la ley 25326, en cuanto subordinan la cesión de esos datos a la existencia de un interés legítimo, no alcanzan a aquéllos supuestos relativos a información personal que forma parte de la gestión pública.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida y ordenó al Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Social- a brindar la información íntegra requerida por la actora referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al sector privado en los conceptos de “Ayuda social a las personas” y “Transferencias a Otras Instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro” otorgadas durante los años 2006 y 2007, pues no puede admitirse la negativa fundada en la necesidad de resguardar la privacidad de los beneficiarios ya que esta mera referencia, cuando no se vincula con datos personales sensibles cuya divulgación está vedada, desatiende el interés público que constituye el aspecto funda-

mental de la solicitud de información efectuada que no parece dirigida a satisfacer la curiosidad respecto de la vida privada de quienes los reciben sino a controlar eficazmente el modo en que los funcionarios ejecutan una política social.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo decidida y ordenó al Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Social- a brindar la información íntegra requerida por la actora referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al sector privado en los conceptos de “Ayuda social a las personas” y “Transferencias a Otras Instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro” otorgadas durante los años 2006 y 2007, ya que debe prevalecer el principio de máxima divulgación de la información pública, sin perjuicio de que si ulteriormente con base en esta información no sensible, se verificase por parte de un tercero un comportamiento discriminatorio respecto de un beneficiario de un plan social, se le deberá garantizar a éste el recurso a las vías legales adecuadas para -en su caso- impedirlo, hacerlo cesar y obligar a brindar la correspondiente reparación.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Para asegurar la publicidad de los actos de gobierno que caracteriza a un sistema republicano y garantizar el correlativo derecho a la información que asiste a la actora -quien solicita información sobre asignación de subsidios sociales-, no resulta suficiente con dar a conocer las normas que establecieron los programas sociales, las partidas de presupuesto ejecutadas en ese marco o información estadísticamente cuantitativa relativa al número total de los beneficiarios, sino que la publicidad debe atravesar todas las etapas del accionar público y decantar desde la norma general a todo lo que hace a su instrumentación particular ya que solo así es posible prevenir en forma efectiva la configuración de nichos de impunidad.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Dado que las particulares circunstancias del caso, donde la solicitud de la actora se relaciona con información vinculada a cuestiones públicas

-asignación de subsidios sociales- y que el acceso a dichos datos posee un claro interés público, es indudable que para garantizar en forma efectiva el derecho a la información, el Estado debe dictar urgentemente una ley que, salvaguardando los estándares internacionales en la materia y la vigencia del principio de razonabilidad, regule de manera exhaustiva el modo en que las autoridades públicas deben satisfacer este derecho.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

El art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ampara el derecho de las personas a recibir información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto, debiendo aquélla ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción, y su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.

-Voto de los jueces Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay y voto de la jueza Elena I. Highton de Nolasco-.

-Del precedente “Asociación Derechos Civiles c/ EN-PAMI-dto 1172/03” (Fallos:335:2393) al que remiten-.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

En torno a la legitimación pasiva en el ejercicio del derecho de acceso a la información, para que los Estados cumplan con su obligación general de adecuar su ordenamiento interno con la Convención Americana en tal sentido, no solo deben garantizar este derecho en el ámbito puramente administrativo o de instituciones ligadas al Poder Ejecutivo, sino a todos los órganos del poder público, amplitud que supone incluir como sujetos obligados no solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad estatal o ejercen funciones públicas.

-Voto de los jueces Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay y voto de la jueza Elena I. Highton de Nolasco-.

-Del precedente “Asociación Derechos Civiles c/ EN-PAMI-dto 1172/03” (Fallos: 335:2393) al que remiten-.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Cuando el decreto 1172/03 (Anexo VII, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el P.E.N.), regula las excepciones al deber de proveer información, no determina de manera autónoma -en la materia que aquí interesa- lo relativo a los “datos sensibles” que fundamentan la restricción a aquel deber genérico, sino que se remite, lisa y llanamente, a lo normado en la ley 25.326, no pudiendo informarse lo relativo a “datos sensibles”, siendo éstos los definidos por dicha ley en su art. 2º, por lo que el accionar de la demandada- quien se opone a brindar información acerca de subsidios sociales- constituye una pretensión de extender lo “sensible” más allá de los límites marcados por dicha norma, atribuyéndose una prerrogativa que solo compete al legislador.

-Voto de los jueces Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay y voto de la jueza Elena I. Highton de Nolasco-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 297/299, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala II) admitió la acción de amparo iniciada por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) y ordenó al Ministerio de Desarrollo Social brindar la información íntegra requerida por la actora en la nota del 1º de julio de 2008, en particular, los padrones de las personas físicas y jurídicas beneficiarias de los programas de ayuda social.

Para decidir de ese modo, la cámara sostuvo que el decreto 1172/03 dispone que el Poder Ejecutivo Nacional sólo puede exceptuarse de dar información cuando se trate de datos personales de carácter sensible en los términos de la ley 25.326, la que define como tales a aquellos que revelan el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

En esas condiciones, en la medida en que CIPPEC solo pretende acceder a los datos personales no sensibles, entendió que la omisión del Estado Nacional en proporcionarlos era arbitraria.

-II-

Disconforme, el Estado Nacional-Ministerio de Desarrollo Social interpuso el recurso extraordinario de fs. 303/322 que fue concedido por estar en juego el alcance y la aplicación de normas federales y denegado respecto de la arbitrariedad de la sentencia (fs. 361 y vta.), sin que se dedujera la respectiva queja.

Los agravios que esgrime el apelante son los siguientes: a) lo decidido atenta contra los derechos personalísimos de los beneficiarios de planes sociales en tanto titulares de datos sensibles; b) omite el tratamiento de cuestiones planteadas como la falta de presupuestos que habiliten la vía del amparo. Asimismo sostiene que: 1) lo sensible del dato no es el contenido en sí sino el mismo hecho de estar en el padrón; 2) tanto el Defensor del Pueblo de la Nación como el INADI respaldaron la postura de no entregar el listado de personas en ayuda social por ser datos sensibles estigmatizantes; 3) no está acreditado el interés de CIPPEC para solicitar la información que requiere; 4) no toda información de carácter personal asentada en un registro público puede ser difundida; 5) la restricción al acceso de la información pública por contener datos sensibles es la garantía del derecho a la privacidad.

-III-

A mi modo de ver, las objeciones del recurrente suscitan cuestión federal, pues se halla en tela de juicio el alcance, la interpretación y la aplicación de normas de esa índole y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho en que aquél se fundó (art. 14, inc. 3º, ley 48) (doctrina de Fallos: 321:169).

Asimismo, cabe destacar que las causales de arbitrariedad invocadas se vinculan de modo inescindible con los temas federales en discusión, circunstancia que impone su examen conjunto (conf. doctrina de Fallos: 308:1076; 322:3154; 323:1625, entre muchos otros) y neutraliza las consecuencias que, en el caso, traería aparejada la falta de queja.

-IV-

De los agravios que esgrimen los apelantes, debe examinarse, en primer término, el dirigido a cuestionar la procedencia de la vía del amparo para discutir la interpretación del plexo normativo aplicable, dado que su admisión tornaría innecesario el análisis de los restantes.

La Corte ha declarado, reiteradamente, que la acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere amplitud de debate y de prueba. Dichos extremos, cuya demostración es decisiva para su procedencia, V.E. los ha calificado de imprescindibles (doctrina de Fallos: 319:2955 -con sus citas-; 321:1252 y 323:1825, entre otros).

Por eso, la existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos: 303:419 y 422), regla que ha sustentado la Corte cuando las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (doctrina de Fallos: 303:422).

En este mismo orden de ideas, el Tribunal ha señalado, al delimitar la acción prevista en la ley 16.986, que si bien no es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta a aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (Fallos: 307:178).

La doctrina sobre el alcance y el carácter de esta vía excepcional no ha sido alterada por la reforma constitucional de 1994, al incluirla en el art. 43, pues cuando éste dispone que “*toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo*”, mantiene el criterio de excluirla en los casos que por sus circunstancias requieran mayor debate y prueba y, por tanto, sin que se configure la “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración, como se dijo, es imprescindible para la procedencia de aquella (Fallos: 306:788; 319:2955 y 323:1825, entre otros).

-V-

A partir de dichas pautas, cabe hacer notar que en autos no existió una omisión ilegal o arbitraria de información como aduce en su planteo la actora sino que antes bien, en cumplimiento de las normas aplicables -ley 25.326 y decreto 1172/03- se siguieron los pasos legales a fin de entregar la información solicitada y, en el caso, de no entregar aquella que se consideró reservada.

Ello es así, conforme a la Nota SRIyFD n° 40/2008 de la Jefatura de Gabinete de Ministros -actuación por la que tramita una presentación efectuada ante la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos por el apoderado del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el crecimiento (CIPPEC) denunciando un presunto incumplimiento al reglamento general del acceso a la información pública, señalando como incumplidora al Ministerio de Desarrollo Social-, obrante a fs. 134/153, en la que se expresó "... la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia, en su carácter de Autoridad de Aplicación del Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional, aprobado por el artículo 4° del Decreto 1172/2003, recomienda al Ministerio de Desarrollo Social: ... 5- Dar respuesta a la solicitud de información de la Fundación CIPPEC, con el máximo grado de desagregación, a excepción de aquella información que pueda contener datos personales de carácter sensible ..." (fs. 152/153).

En tales condiciones, la cuestión a dilucidar en esta causa se refiere a una diferente apreciación de las partes en la interpretación de qué se entiende por dato sensible a la luz de la información que se solicita -subsidios sociales- situación que merece un análisis pormenorizado que excede el restringido ámbito del amparo y difiere, a su vez, del objeto de la acción impetrada por el CIPPEC.

-VI-

Opino entonces que debe ser revocada la sentencia de fs. 297/299 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 27 de marzo de 2012. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 26 de marzo de 2014.

Vistos los autos: "CIPPEC c/ EN - M° Desarrollo Social – dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Con-

tencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de grado e hizo lugar a la acción de amparo deducida por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC). En consecuencia ordenó al Estado Nacional —Ministerio de Desarrollo Social— a “brindar la información íntegra requerida por la actora en la nota presentada el 1° de julio de 2008”, referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al sector privado en los conceptos “Ayuda social a las personas” y “Transferencias a Otras Instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro” otorgadas durante 2006 y 2007 (fs. 45/46 y 297/299 vta.). El pedido tenía por objeto, esencialmente, conocer en detalle la ayuda social a personas físicas y jurídicas, los padrones de aquéllas, las transferencias tramitadas y los subsidios otorgados, como así también su alcance territorial (fs. 298 vta.). A su vez, el reclamo abarcaba la petición —más genérica— según la cual debía obligarse “a la accionada a disponer todas las medidas necesarias a efectos de generar una adecuada y accesible política de transparencia e información en la gestión de los planes sociales administrados por dicho Ministerio durante los años 2006 y 2007” (fs. 297, cit. supra).

Contra esa decisión, la demandada dedujo el remedio federal, que fue concedido en parte (cfr. fs. 361/361 vta.).

2°) Que el a quo, luego de relatar los antecedentes administrativos del caso, y examinar la normativa en juego entendió que la ley 25.326 distingue entre datos sensibles y personales y que, en cuanto a estos últimos, no es necesario el consentimiento del beneficiario cuando la información se refiera a listados cuyo contenido se limite a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio (confr. artículos 2° y 5°, inc. 2, ap. “c” de la ley 25.326).

De tal modo, el tribunal concluyó que la conducta omisiva y arbitraria de la demandada había quedado claramente configurada, pues la actora solo pretendía el acceso a la información de datos personales de los beneficiados por la ayuda. En tal sentido, aseveró que no existían razones válidas para la mencionada negativa ya que no se trataba de aspectos que involucren la seguridad como tampoco —en principio— podían constituir afectación alguna a la intimidad y al honor de las personas o que pudiera importar una forma de intrusión arbitraria.

Asimismo, hizo mérito del derecho a dar y recibir información, especialmente en cuanto a la difusión de los asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan trascendencia para el interés general, con el fin de hacer efectivo el principio de publicidad de los actos de gobierno.

Por último, puso de resalto que la Oficina Anticorrupción, ante la denuncia que la actora efectuara por la negativa de la demandada, expuso que los padrones de los beneficiarios no son datos personales de carácter sensible (cfr. fs. 70/94) por lo que la información requerida podía ser razonablemente considerada incluida dentro de las pautas del control comunitario de la inversión social, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.

3°) Que, en su remedio federal, la demandada expresa diversos agravios que conciernen a la interpretación —a su criterio, equivocada— de las normas federales en juego, como asimismo a la arbitrariedad y a la gravedad institucional que exhibiría la decisión impugnada.

Sin embargo, corresponde remarcar los límites a los que debe ceñirse la Corte ante el auto obrante a fs. 361/361 vta., del que surge de manera indudable que el recurso fue concedido exclusivamente “por estar en tela de juicio el alcance y aplicación de normas de carácter federal —ley 25.326 y decreto 1172/03 entre otros—”. En consecuencia, no se examinarán los agravios relativos a la arbitrariedad de sentencia y a la gravedad institucional invocadas (fs. 310 vta./312), toda vez que el explícito rechazo del primer punto y la omisión absoluta respecto del segundo, no motivaron a la recurrente a deducir el pertinente recurso de queja.

De tal suerte, las alegaciones vinculadas a la impertinencia y la caducidad de la vía del amparo y la omisión de ciertos extremos fácticos por parte del a quo no serán analizadas, pues de otro modo se excedería la jurisdicción acordada a esta Corte mediante el mencionado auto interlocutorio.

4°) Que, sentado lo anterior, corresponde examinar los agravios relativos a la inteligencia atribuida por el a quo a la ley 25.326 y al decreto 1172/2003. La demandada expresa, en sustancia, que la individualización de los beneficiarios de subsidios puede involucrar aspectos íntimos de la persona que el cedente debe resguardar. Señala que la medida se encuentra alcanzada por el artículo 16 inciso 1° del anexo VII del decreto 1172/03, al constituir información de carácter sensible

cuya publicación vulneraría el derecho al honor y la intimidad de las personas físicas involucradas. Resalta que la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP), en su carácter de autoridad de la ley 25.326, expresó que, aunque el hecho de integrar una lista de beneficiarios de un plan social no es —en principio— información de carácter sensible *per se*, si el subsidio tiene su origen o fundamento en una enfermedad podría relevar un dato sensible, circunstancia que configuraría en ese caso la excepción prevista en el citado artículo 16 del Reglamento de Acceso a la Información Pública.

Pone de relieve que, según la Defensoría del Pueblo de la Nación, existen particulares circunstancias por las cuales, “asociar datos personales, individuales, que identifiquen a las personas en contextos por nadie deseados, tiene una potencial capacidad de daño, particularmente dirigida a la subjetividad de las personas afectadas” y que para el Instituto Nacional contra la Discriminación, Xenofobia y Racismo (INADI), “(l)a difusión de los datos personales de los/as beneficiarios/as de planes sociales profundizan las condiciones de desigualdad, constituyendo por ello un factor de discriminación (que) se convierten de esta manera en estigmatizantes”.

De su lado, la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento para la Democracia (SRIfyFD), en su carácter de autoridad de aplicación del decreto 1172/03, entendió que “identificar mediante nombre y apellido a los beneficiarios de los planes sociales, si bien puede favorecer el control de su implementación, no debe conllevar la vulneración de derechos como el de la intimidad. Por lo tanto, una interpretación armónica de los intereses en juego debe necesariamente tener en cuenta el entorno real que aparece implícito en los listados: la situación de pobreza en la que se encuentran los beneficiarios”. Asimismo, sostiene que si bien en el decreto 1172/03 no se requiere demostrar la existencia de un derecho subjetivo o un interés legítimo para requerir, consultar o recibir información pública, esta previsión no resultaría aplicable cuando la información solicitada involucra datos personales de terceros. En su criterio, en estos supuestos rigen las disposiciones del artículo 11 de la ley 25.326, que disponen que los datos personales solo pueden ser cedidos para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario y previo consentimiento del titular de esos datos. En razón de ello, afirma que para acceder a la información de terceras personas que se hallen en registros públicos el requirente debe contar

con un interés legítimo y que en el caso la demandante no ha demostrado la existencia de tal interés.

Por último, destaca que la nota que dio origen a la presente acción no reúne “los requisitos exigidos por la Ley 25.326 para la Protección de Datos Personales” y que el artículo 16 del Anexo VII del decreto 1172/03 enumera casos que exceptúan al obligado del deber de informar. Entre ellos, el inciso i) alude a aquellos en que se trate de “información referida a datos personales de carácter sensible” —en los términos de la ley 25.326— cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor (artículo 11 de la ley citada). Afirma que los datos personales solo pueden ser cedidos para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario y con el previo consentimiento del titular de los datos, al que se le debe informar sobre la finalidad de la cesión e identificar al cesionario o los elementos que permitan hacerlo.

5°) Que el recurso extraordinario, con el alcance señalado en el considerando 3° resulta admisible, pues se halla en juego la interpretación de normas federales y la decisión final del pleito ha sido adversa al derecho que la apelante fundó en ellas (artículo 14, inciso 3° de la ley 48). Por lo demás, corresponde recordar que en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole señalada, la Corte no se encuentra limitada por las razones de la sentencia recurrida ni por las alegaciones de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre los puntos disputados, según la interpretación que rectamente les asigne (Fallos: 326:2880).

6°) Que cabe recordar que esta Corte ha señalado que el derecho de buscar y recibir información ha sido consagrado expresamente por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo IV) y por el artículo 13.1, Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y la Corte Interamericana ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social (confr. causa “Asociación de Derechos Civiles c/ EN – PAMI” (Fallos: 335:2393).

En este sentido, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha determinado el concepto de libertad de información y en su resolución 59 (I) afirmó que “la libertad de información es un derecho humano fundamental y (...) la piedra angular de todas

las libertades a las que están consagradas las Naciones Unidas” y que abarca “el derecho a juntar, transmitir y publicar noticias” (en idéntico sentido, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas adoptado en su resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1996; párrs. 32, 33, 34, 35, 36 y 37 del capítulo 2, “Sistema de la Organización de Naciones Unidas”, del “Estudio” citado).

Por su parte, en el ámbito del sistema regional, desde el año 2003, la Asamblea General ha emitido cuatro resoluciones específicas sobre el acceso a la información en las que resalta su relación con el derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Asimismo en la resolución AG/res. 2252 (XXXVI-O/06) del 6 de junio de 2006 sobre “Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia”, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) instó a los Estados a que respeten el acceso de dicha información a todas las personas y a promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva (párrs. 22, 23, 24 y 25 y sus citas del “Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información”, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, agosto de 2007).

Asimismo, en octubre de 2000 la Comisión Interamericana aprobó la “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión” elaborada por la Relatoría Especial, cuyo principio 4 reconoce que “el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de ese derecho (Comisión Interamericana de Derechos Humanos — CIDH—, “Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”, Principio 4, también “Principios de Lima”, Principio I, “El acceso a la información como derecho humano”; conf. párr. 26, cita 20, p. 15 del “Estudio especial” antes señalado).

En tal sentido, la Comisión ha interpretado consistentemente que el artículo 13 de la Convención incluye un derecho al acceso a la información en poder del Estado y ha resaltado que “...todas las personas tienen el derecho de solicitar, entre otros, documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado y, en general, cualquier tipo de información que se considera que es de fuente pública o que proviene de documentación gubernamental ofi-

cial” (CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, párr. 281, cita del párrafo 27, del Estudio mencionado).

7º) Que también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— ha desprendido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, el derecho al acceso a la información. Dicho tribunal señaló que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea” (Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Claude Reyes y otros v. Chile”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, 151, párr. 77).

En este sentido, ese tribunal internacional ha destacado que la importancia de esta decisión internacional consiste en que se reconoce el carácter fundamental de dicho derecho en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra “buscar” y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a “recibir” la información solicitada (conf. párrs. 75 a 77, del precedente antes citado).

El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan.

En tal sentido se observa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos impuso la obligación de suministrar la información solicitada y de dar respuesta fundamentada a la solicitud en caso de negativa de conformidad con las excepciones dispuestas; toda vez que la información pertenece a las personas, la información no es propiedad del Estado y **el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno**. Este tiene la información solo en cuanto representante de los individuos. El Estado y las instituciones públicas están comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas. A tal fin, debe adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar el reconocimiento y la

aplicación efectiva de ese derecho. El Estado está en la obligación de promover una cultura de transparencia en la sociedad y en el sector público, de actuar con la debida diligencia en la promoción del acceso a la información, de identificar a quienes deben proveer la información, y de prevenir los actos que lo nieguen y sancionar a sus infractores (CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, párr. 282; Principios de Lima. Principio 4 “Obligación de las autoridades”; Declaración de SOCIOS Perú 2003, “Estudio Especial” citado, párr. 96).

8º) Que, en suma, según lo expresado en los dos considerandos anteriores y en lo que se refiere al agravio relativo a la legitimación exigible a la actora para requerir la información en cuestión, es indispensable señalar que en el Reglamento de acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional se establece que *“Toda persona física o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado”* (artículo 6º del anexo VII del decreto 1172/03).

Por su parte, en la ley 25.326, de Protección de los Datos Personales, a la que en distintos aspectos remite el decreto 1172/03, se dispone que *“Los datos personales objeto de tratamiento solo pueden ser cedidos para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario y con el previo consentimiento del titular de los datos, al que se le debe informar sobre la finalidad de la cesión e identificar al cesionario o los elementos que permitan hacerlo”* (artículo 11, ap. 1.).

9º) Que el Tribunal ha destacado que *“...el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado...”* y que *“[d]icha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.”* (confr. “Asociación de Derechos Civiles”, cit. considerando 8º, al precedente Claude Reyes, criterio reiterado por la Corte Interamericana en el caso Gomes Lund y otros [“Guerrilha do Araguaia”] vs. Brasil, sentencia del 24 de noviembre de 2010).

10) Que en el ámbito regional, también es importante puntualizar que la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en la resolución 2607 (XL-0/10) expresamente señala que toda persona puede solicitar información a cualquier autoridad pública **sin necesidad de justificar las razones por las cuales se la requiere** (artículo 5º, ap. e).

En consonancia con ese instrumento, el Comité Jurídico Interamericano ha señalado que "...[t]oda información es accesible en principio. El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que **toda persona** puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto sólo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcionales al interés que los justifica..." (CJI/res. 147, LXXIII-O/08).

Asimismo, en las Recomendaciones sobre Acceso a la Información elaboradas por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA se señala que los Estados deben establecer un procedimiento claro, simple y sin costo (en la medida de lo posible), mediante el cual las personas puedan solicitar información y, a tales efectos, recomienda que se acepten "...**solicitudes de información sin que el solicitante deba probar un interés personal, relación con la información, o justificación para la solicitud...**" (AG/res. 2288 (XXXVII-O/07), ap. VI, punto C).

11) Que en el ámbito de Naciones Unidas, la Convención contra la Corrupción, adoptada el 31 de octubre de 2003 y aprobada por la ley 26.097, prevé que, para combatir la corrupción, los estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública. Para ello podrán incluir, entre otras cosas, "...*La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento, y los procesos de decisiones de la administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público...*" (confr: artículo 10, el destacado no pertenece al original).

12) Que como puede advertirse, en materia de acceso a la información pública existe un importante consenso normativo y jurispruden-

cial en cuanto a que la legitimación para presentar solicitudes de acceso debe ser entendida en un sentido amplio, sin necesidad de exigir un interés calificado del requirente.

En efecto, se trata de información de carácter público, que no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina y, en consecuencia, la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar la solicitud. De poco serviría el establecimiento de políticas de transparencia y garantías en materia de información pública si luego se dificulta el acceso a ella mediante la implementación de trabas de índole meramente formal.

Ello es así ya que el acceso a la información tiene como propósito coadyuvar a que los integrantes de la sociedad ejerzan eficazmente el derecho a saber, por lo que el otorgamiento de la información no puede depender de la acreditación de un interés legítimo en ésta ni de la exposición de los motivos por los que se la requiere.

13) Que, a partir de lo expuesto, una interpretación que permita la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en el ordenamiento nacional en materia de datos personales y de acceso a la información, lleva a sostener que las disposiciones del artículo 11 de la ley 25.326, en cuanto subordinan la cesión de esos datos a la existencia de un interés legítimo, no alcanzan a aquellos supuestos relativos a información personal que forma parte de la gestión pública.

Por ello, la restricción contemplada en el precepto debe entenderse como un límite a la circulación de datos personales entre personas públicas o privadas que se dedican a su tratamiento, mas no parece posible extender sin más sus previsiones a supuestos de interés público como el planteado en autos, pues ello significaría desconocer, o cuanto menos obstaculizar, el pleno goce de un derecho humano reconocido tanto en nuestra Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales que la República Argentina ha suscripto.

14) Que, en síntesis, el hecho de que la información de registros públicos requerida involucre datos de terceros no aparece como una razón dirimente para exigir al solicitante un interés calificado, máxime cuando la única norma que regula lo relativo al acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional expresamente descarta tal posibilidad.

15) Que por lo demás, aun cuando por hipótesis pudiera sostenerse la aplicación al caso del artículo 11 de la ley 25.326 en los términos que pretende la recurrente, lo cierto es que al representar el derecho de acceso a la información, de por sí, un interés legítimo en cabeza de cada uno de los integrantes del cuerpo social, la presentación efectuada por la actora no podría desestimarse por aplicación del citado precepto.

16) Que lo hasta aquí expuesto en materia de legitimación no obsta, como se verá a continuación, a la recta interpretación que corresponde efectuar del artículo 16 del decreto 1172/03. Esto es, si la información, en el caso, debe ser provista o si, por el contrario, se configura alguno de los supuestos de excepción que el ordenamiento contempla para negar el acceso.

17) Que, ingresando en los restantes agravios del Estado Nacional, es menester señalar que en el decreto 1172/03 se previó su aplicación en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional (artículo 2º del anexo VII). Asimismo, se estableció que “los sujetos comprendidos en el artículo 2º sólo pueden exceptuarse de proveer la información requerida cuando una Ley o Decreto así lo establezca o cuando se configure alguno de los siguientes supuestos: ... i) información referida a **datos personales de carácter sensible — en los términos de la Ley N° 25.326— cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor**, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada” (artículo 16, énfasis agregado).

Por su parte, en el artículo 2º de la ley 25.326, de Protección de Datos Personales, se define como tales a la “información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables” y como “datos sensibles” a aquellos “datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”. Se dispone también que el tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento, no resultando éste necesario cuando: “...c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio” (artículo 5º).

18) Que esta Corte ha sostenido que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” y que “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos” (Fallos: 335:197; entre muchos otros).

Una adecuada hermenéutica de las disposiciones legales y reglamentarias en juego, conduce a afirmar sin hesitación que, en tanto el listado cuya divulgación se persigue no se refiera al origen racial y étnico de los involucrados, sus opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, su afiliación sindical o se trate de información referente a la salud o a la vida sexual, no se conculca el derecho a su intimidad ni se afecta su honor.

19) Que, sobre esa base, corresponde entonces examinar si, tal como resolvió el a quo, el Poder Ejecutivo actuó inválidamente al denegar el pedido de información de CIPPEC por implicar la publicación de datos de esa naturaleza.

20) Que a ese fin es adecuado precisar que la actora solicitó: 1) acceso a la información de padrones de beneficiarios de transferencia limitada y/o subsidios otorgados en el rubro presupuestario 5.1.4 “ayuda social a personas” durante 2006 y 2007; y 2) información sobre las transferencias en gastos corrientes realizadas al sector privado y concepto de transferencias a “Otras instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro” (rubro 5.1.7) sean estas organizaciones locales, instituciones comunitarias o asociaciones barriales, identificando individualmente el nombre de la organización receptora, programa bajo el cual recibe el subsidio y valor monetario de cada una de las transferencias realizadas en los años 2006 y 2007.

Para ambos rubros, requirió además “información sobre el alcance territorial y los servidores públicos de nivel nacional, provincial o local y representantes de organizaciones políticas, sociales o sindicales que intervengan en algún momento del proceso de la entrega de las prestaciones” y de los intermediarios que otorgan los planes (municipios, organizaciones sociales, etc.) (fs. 4/4 vta.).

Resulta claro que la demandante se limitó a solicitar el listado de beneficiarios de planes sociales y de los intermediarios que los adjudican y los datos de gasto, aplicación y ejecución de los programas

“Plan Nacional de Seguridad Alimentaria”, “Plan Nacional Familias, Desarrollo Local y Economía Social”. En suma, pretende conocer el modo en que el Ministerio de Desarrollo Social ejecuta el presupuesto público asignado por el Congreso de la Nación específicamente respecto de estos programas.

21) Que la demandada centra su negativa a la pretensión de la actora en el carácter sensible de los datos requeridos, con fundamento en que “la individualización de los beneficiarios de subsidios puede alcanzar aspectos íntimos de la persona que el cedente debe resguardar”. Plantea así una aparente colisión entre el derecho de acceso a la información reconocido en el decreto 1172/03 y el de protección a la intimidad y honor establecido en la ley 25.326, que se vería afectado si se hiciera pública la identidad de quienes se encuentran en diversos estados de vulnerabilidad social.

De esta manera, postula el Estado una interpretación de las normas en juego conforme a la cual la publicidad del listado con nombre, apellido y DNI, pese a no ser considerado “dato sensible” por el legislador, puede adquirir ese carácter conforme al contexto en el que se exponga.

22) Que respecto del requerimiento de información sobre las personas jurídicas beneficiarias —distribuidores o encargados de la entrega de programas sociales— la denegatoria del Poder Ejecutivo resulta incoherente, por la simple razón de que las personas de existencia ideal no tienen por naturaleza *datos sensibles* propios del ámbito de la intimidad u honor que proteger. En el marco del derecho de acceso a la información pública, el argumento del Poder Ejecutivo para denegar la información requerida es entonces directamente contrario al principio de buena fe que debe guiar la actuación de la administración pues, con invocación de motivos manifiestamente inconducentes, desconoce una obligación internacional de los estados de aumentar la transparencia en el manejo de los fondos públicos (artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y artículo III, incisos 6° y 11, de la Convención Interamericana contra la Corrupción).

Idénticas consideraciones corresponden a lo referido al alcance territorial de tales planes, la determinación del programa bajo el cual se reciben estos últimos y el valor monetario de las transferencias, en tanto no guardan vinculación de ninguna especie con la protección a la

intimidad de persona alguna.

En cuanto a la información relativa a las personas físicas, la diferencia que las normas aplicables establecen entre datos personales (artículo 5º, inciso 2º, ap. “c”, ley 25.326) y datos sensibles (artículo 16 del anexo VII del dto. 1172/03) resulta clave para resolver la presente contienda. En efecto, los primeros pueden ser otorgados sin consentimiento de la parte —el mismo Estado Nacional explica *que en sí mismos y prima facie no revisten el carácter de sensibles* (fs. 314)—, mientras que los segundos son reservados. Al denegar la información, el Poder Ejecutivo no se ha hecho cargo de esta distinción legal, que apunta precisamente a que el Estado pueda cumplir con el mandato constitucional de acceso a la información pública sin vulnerar la intimidad o el honor de los habitantes. No hay elemento alguno en el pedido de la actora que permita concluir, como lo entendió el Poder Ejecutivo, que satisfacer tal requerimiento implicase otorgar datos sensibles en los términos de la legislación mencionada.

En suma, los motivos expuestos por el Estado Nacional para desestimar la solicitud que se le formulara no encuentran sustento normativo alguno sino que aparecen como meras excusas para obstruir el acceso a la información.

23) Que descartado que el motivo invocado por el Estado Nacional encuadre dentro de los supuestos legalmente previstos para justificar una negativa a una solicitud de información pública —los que en virtud del principio de máxima divulgación deben ser interpretados en forma restrictiva (conf. “Asociación de Derechos Civiles”, cit. considerando 10)—, corresponde seguidamente analizar si esta negativa tiene algún sustento constitucional a la luz del principio de razonabilidad.

24) Que, como se relatara anteriormente, el recurrente se negó a brindar la información solicitada argumentando que tanto su provisión como su eventual divulgación, al permitir identificar a individuos en situación de vulnerabilidad social, constituirían una intromisión ilegítima en la vida privada de los beneficiarios de estos planes sociales que propiciaría además su estigmatización al constituirse en un factor de discriminación. De este modo, sostuvo que el acceso público a esta información provocaría un daño superior al que ocasionaría la negativa a brindarla.

25) Que la obligación de garantizar el acceso a la información que por mandato constitucional se encuentra a cargo del Estado, en lo que hace a la administración de los recursos públicos, cuenta con una expresa reglamentación en la ley 25.152. Esta norma establece en su artículo 8º que la “*documentación de carácter físico y financiero producida en el ámbito de la Administración Nacional y que se detalla a continuación, tendrá el carácter de información pública y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla: a) Estados de ejecución de los presupuestos de gastos y del cálculo de recursos, hasta el último nivel de desagregación en que se procesen; (...); l) Toda la información necesaria para que pueda realizarse el control comunitario de los gastos sociales...*”.

En esta línea, debe también ponderarse que la citada *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información* establece que la “*lista completa de los subsidios otorgados por la autoridad pública*” constituye precisamente una de las clases de información clave sujetas a diseminación de manera proactiva por la autoridad pública (cf. artículo 11, inciso k).

26) Que, desde esta óptica, resulta indiscutible que para asegurar la publicidad de los actos de gobierno que caracteriza a un sistema republicano y garantizar el correlativo derecho a la información que asiste a la actora, no resulta suficiente con dar a conocer las normas que establecieron estos programas sociales, las partidas de presupuesto ejecutadas en ese marco o información estadísticamente cuantitativa relativa al número total de los beneficiarios. Por el contrario, la publicidad debe atravesar todas las etapas del accionar público y decantar desde la norma general a todo lo que hace a su instrumentación particular ya que solo así es posible prevenir en forma efectiva la configuración de nichos de impunidad.

Resulta claro, entonces, que la solicitud efectuada por la actora se relaciona con información vinculada a cuestiones públicas —asignación de subsidios sociales— y que el acceso a estos datos posee un claro interés público en la medida que, como aquélla expusiera, para realizar un *exhaustivo control social* sobre el modo en que los funcionarios competentes han asignado estos subsidios resulta necesario acceder al listado de los distintos beneficiarios y receptores de los planes sociales.

27) Que es indiscutible entonces que una solicitud de esta naturaleza no busca indagar indiscretamente en la esfera privada que define el artículo 19 de la Constitución Nacional sobre la situación particular de las personas físicas que recibieron tales subsidios (Fallos: 306:1892) sino, antes bien, persigue un interés público de particular trascendencia: el obtener la información necesaria para poder controlar que la decisión de los funcionarios competentes al asignarlos, se ajuste exclusivamente a los criterios establecidos en los diversos programas de ayuda social que emplean fondos públicos a tal efecto.

En consecuencia, no puede admitirse la negativa fundada en la necesidad de resguardar la privacidad de los mentados beneficiarios ya que esta mera referencia, cuando no se vincula con datos personales sensibles cuya divulgación está vedada, desatiende el interés público que constituye el aspecto fundamental de la solicitud de información efectuada que, vale reiterar, no parece dirigida a satisfacer la curiosidad respecto de la vida privada de quienes los reciben sino a controlar eficazmente el modo en que los funcionarios ejecutan una política social.

28) Que, en esa línea, debe también puntualizarse que la justificación ensayada por el Estado para restringir el derecho de la actora a acceder a esta información, basada en la necesidad de asegurar la privacidad de los beneficiarios como modo de protegerlos de futuros y eventuales actos discriminatorios por parte de terceros indeterminados, resulta además enteramente dogmática, por lo que cabe formular una serie de precisiones al respecto.

En efecto, en primer lugar, esta referencia plantea de forma abstracta y conjetural un riesgo que, de verificarse, no sería una consecuencia necesaria, directa o inmediata del acceso en sí mismo a esta información sino que, eventualmente, se configuraría a partir de conductas independientes y posteriores a que éste tenga lugar realizadas por terceras personas.

En segundo término, esta posición asume este riesgo como un dato cierto cuando en realidad no resulta nada obvio que el brindar esta información necesariamente vaya en desmedro de las personas en situación de vulnerabilidad social o económica que reciben estos subsidios. Tal perspectiva, incurriendo en una suerte de paternalismo, soslaya de manera injustificada que, precisamente, garantizando

el control del accionar público en esta materia es que se podrán constatar los criterios empleados para la asignación de los subsidios y, en caso de detectar supuestos de arbitrariedad o desigualdad de trato, acudir a los correspondientes remedios legales en resguardo de los derechos de las personas que integran ese colectivo.

29) Que, por lo dicho, el Estado se niega a brindar esta información por fuera de los supuestos en que sería válido hacerlo y aludiendo a un presunto riesgo a los derechos de terceros que resulta difuso y eventual. Pero además, esta negativa resulta inaceptable porque pretende excluir cierta información del ámbito de conocimiento y discusión pública soslayando que al estar involucrado el derecho a acceder a ella se encuentra comprometido, en definitiva, el derecho a la libertad de expresión.

Por tanto, en la ponderación de los derechos que se encontrarían en conflicto en los términos planteados por el recurrente, debe prevalecer **el principio de máxima divulgación de la información pública**; sin perjuicio de que si ulteriormente, con base en esta información no sensible, se verificase por parte de un tercero un comportamiento discriminatorio respecto de un beneficiario de un plan social, se le deberá garantizar a este último el recurso a las vías legales adecuadas para —en su caso— impedirlo, hacerlo cesar y obligar a brindar la correspondiente reparación.

30) Que conforme lo ha marcado reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte, nuestra Constitución Federal ordena a las autoridades tomar las medidas necesarias para promover el desarrollo social y la igualdad de los sectores más vulnerables de la población; con igual jerarquía, establece el derecho de acceso a la información pública como condición necesaria para organizar una república democrática (Fallos: 329:3089; 335:452 y “Asociación por los Derechos Civiles” cit.).

De esta forma, una interpretación sistémica de la Constitución Nacional, que tiene el objetivo de promover el bienestar general, lleva a concluir que es medular el respeto a las normas que establecen mecanismos de transparencia en el manejo de los fondos públicos y que aseguran la participación de la ciudadanía. Estas resultan una garantía indispensable para hacer efectivo el progreso y la protección de las personas que reciben ayuda social pública.

Lejos de estigmatizar a estas últimas, el control social de las decisiones estatales en punto a la racionalidad, eficacia y eficiencia de la instrumentación de los planes sociales puede contribuir significativamente a valorar la equidad de aquéllas.

Los datos requeridos, debidamente evaluados por la actora, constituyen una herramienta fundamental para que el pulso vivo y crítico de la esfera pública contribuya a determinar si la instrumentación de las políticas sociales establecidas por el Estado contribuye efectivamente o es disfuncional a los fines perseguidos.

Lo requerido puede promover correcciones o adecuaciones y plantear soluciones tendientes a superar eventuales restricciones, fragilidades o desvíos para evitar prácticas que distorsionen los objetivos de los planes sociales dirigidos a los menos favorecidos.

Por todo lo expuesto se concluye que la negativa del Estado a brindar esta información al recurrente resulta ilegal, por no encontrar base en un supuesto normativamente previsto. También es irrazonable, por no ser necesaria para la satisfacción de un interés público imperativo. En consecuencia, ese rechazo atenta inválidamente contra los valores democráticos que informan el derecho de la actora de acceder a información de interés público.

31) Que este Tribunal no desconoce la trascendencia que revisten los programas de asistencia social a cargo del Estado Nacional pues constituyen una de las formas de proveer a lo conducente para el desarrollo humano y contribuyen a lograr el objetivo de progreso económico con justicia social e igualdad de oportunidades que marca nuestra Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 19.

Sin embargo, ni estos loables objetivos ni la situación de necesidad en que se encuentran sus beneficiarios pueden servir de excusa para eximir al Estado Nacional de su obligación de obrar en forma transparente y de someter al control público la forma en que, empleando fondos del presupuesto nacional, implementa esa ayuda que resulta indispensable para la subsistencia de muchos hogares de la República Argentina.

La publicación de la nómina de beneficiarios no modificará ni agravará la situación de vulnerabilidad que los hace merecedores de esa

ayuda pero, en cambio, permitirá al conjunto de la comunidad verificar, entre otros aspectos, si la asistencia es prestada en forma efectiva y eficiente, si se producen interferencias en el proceso y si existen arbitrariedades en su asignación.

El compromiso de una sociedad con sus sectores más débiles se ve a largo plazo consolidado cuando existe transparencia en las políticas sociales; por el contrario ese compromiso se debilita si se percibe poca claridad o reticencia informativa por parte de las autoridades encargadas de administrar los recursos presupuestarios sembrando un manto de dudas sobre la legitimidad de su actuación.

32) Que, por último, es necesario señalar que las particulares circunstancias del caso, en el que diversos órganos de la administración han adoptado posiciones opuestas respecto del alcance que corresponde asignar al derecho de acceder a la información pública, ponen de manifiesto la imperiosa necesidad de contar con una ley nacional que regule esta trascendente materia.

En efecto, resulta indispensable que el legislador establezca, con alcance general, pautas uniformes que permitan hacer efectivo este derecho y que aseguren la previsibilidad en su ejercicio, de modo tal de reducir posibles arbitrariedades por parte de quienes se encuentran obligados a brindar información pública.

Debe destacarse que esta necesidad, que constituye un verdadero reclamo social en nuestro país, ha sido también marcada insistentemente en el marco de la comunidad internacional.

Así, recientemente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha alentado a los estados miembros a tomar las medidas legislativas para garantizar el acceso a la información pública [AG/res. 2811(XLIII-O/13)]. Asimismo, durante el último examen periódico universal realizado en el ámbito del sistema de Naciones Unidas respecto de nuestro país, distintos estados miembros lo exhortaron a aprobar una legislación exhaustiva que establezca mecanismos que faciliten el acceso del público a la información con arreglo a los estándares internacionales, y la República Argentina se comprometió a examinar esa recomendación (A/HRC/22/4 Distr. General; A/HRC/DEC/22/102).

En este contexto, es indudable que para garantizar en forma efectiva el derecho a la información, el Estado debe dictar urgentemente una ley que, salvaguardando los estándares internacionales en la materia y la vigencia del principio de razonabilidad, regule de manera exhaustiva el modo en que las autoridades públicas deben satisfacer este derecho.

Por todo lo expuesto, oído el señor Procurador General de la Nación, se confirma la sentencia en cuanto fuera materia de recurso. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

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

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar al amparo promovido por la actora (Centro de Implementación de Políticas Públicas - CIPPEC), ordenando al Ministerio de Desarrollo Social brindar la información requerida por aquella en la nota presentada el 1° de julio de 2008 (fs. 297/299).

La actora pidió, en la mencionada nota (fs. 45/46), la siguiente información: a) “*acceso a la información a padrones de beneficiarios de transferencia tramitadas y/o subsidios otorgados en el rubro presupuestario 5.1.4. (Ayuda social a personas) durante 2006 y 2007*”; b) información sobre “*los programas sociales que entregan prestaciones a personas jurídicas (rubro presupuestario 5.1.7.), sean éstas organizaciones locales, instituciones comunitarias, asociaciones barriales*”, identificando el nombre de la organización, programa bajo el que recibe el subsidio y monto de las transferencias, durante 2006 y 2007; c) “*información sobre el alcance territorial y los servidores públicos de nivel nacional, provincial o local y representantes de*

organizaciones políticas, sociales o sindicales que intervengan en algún momento del proceso de la entrega de las prestaciones y los intermediarios que otorgan los planes (municipios, organizaciones sociales, etc.)”.

Con relación a la primera de las informaciones (ver supra a), el CIPPEC aclaró que vería *“satisfecho este pedido si el Ministerio de Desarrollo Social facilitara el acceso a la información solicitada a través de su página WEB, garantizando el libre acceso a los padrones [...]”* (fs. 45) y recomendó seguir *“por su simplicidad y accesibilidad, el modelo de acceso a la información implementado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el Plan Jefes y Jefas de Hogar”* (fs. 46).

2°) Que el a quo desechó en su fallo, las razones aducidas por el ministerio para negarse a dar la información. En especial, rechazó que los padrones de las personas físicas beneficiarias de los programas de ayuda social contuvieran datos sensibles y confidenciales que no puedan ser difundidos (fs. 298 vta.).

Destacó, en este punto, que de conformidad con las normas aplicables (artículos 2° y 16 del decreto 1172/03 y artículos 2° y 5°, inciso 2.c, de la ley 25.326), *“no se advierte que existan razones válidas para dicha negativa [del ministerio] ya que no se trata de aspectos que involucren la seguridad así como tampoco —en principio— sean susceptibles de afectar la intimidad y el honor de las personas o que pudiera importar una forma de intrusión arbitraria de la recurrente”* (fs. 299).

Terminó subrayando que *“la Corte Suprema ha convalidado, en forma reiterada, la incorporación al derecho interno, del derecho a la información”* (loc. cit.).

3°) Que contra el reseñado fallo la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 303/322), que fue concedido por el a quo solo en lo concerniente al *“alcance y aplicación de normas de carácter federal —ley 25.326 y decreto 1172/03, entre otros—”* (fs. 361, punto 5°), denegándose en lo relativo a la invocada arbitrariedad (loc. cit., punto 6°). Contra la denegatoria parcial la accionada no dedujo recurso de queja.

4°) Que en atención a la forma en que el remedio federal ha sido concedido, la jurisdicción del Tribunal se encuentra circunscripta a la interpretación de las normas federales en juego, en el marco de lo dispuesto por el artículo 14, inciso 3°, de la ley 48.

5°) Que los agravios de la demandada —dentro de los límites indicados en el considerando precedente— son así sintetizados por aquella: *“el óbice para la remisión de ‘copias de los padrones de beneficiarios de las transferencias tramitadas y/o subsidios otorgados en el rubro presupuesto 5.1.4.’ encuentra su fundamento en el carácter sensible de tales datos [...] se advierte que lo ‘sensible’ del dato a proporcionar en el presente caso, no es el contenido del mismo en sí (nombre, apellido, DNI), sino el mismo hecho de estar incluido en dicho padrón, teniendo en cuenta que el mismo plasma no sólo las situaciones de vulnerabilidad social en que viven las personas relevadas sino que además determina el tipo de prestación que se reconoce para cada titular de derechos [...]”* (fs. 312 vta.).

Estos conceptos son reiterados en varias ocasiones: *“la característica que convierte en sensible a los datos personales antes mencionados no estriba en su contenido en sí mismo, sino del contexto en el que aquél se expone, esto es, su idoneidad para identificar a individuos en situación de vulnerabilidad [...]”* (fs. 314).

6°) Que habida cuenta que el caso se funda en el derecho de acceso a la información pública, este Tribunal se ha pronunciado al respecto en la causa “Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI - dto. 1172/03” (Fallos: 335:2393), a cuyos fundamentos a nivel doctrinario y jurisprudencial corresponde remitirse en razón de brevedad.

En cuanto al fondo del asunto, este Tribunal no comparte las apreciaciones del recurrente —formuladas en otros párrafos— sobre la “tensión” o “aparente conflicto” entre lo dispuesto por el decreto 1172/03 y la ley 25.326. Por el contrario, cuando el decreto 1172/03 (Anexo VII, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el P.E.N.), regula las excepciones al deber de proveer información, no determina de manera autónoma —en la materia que aquí interesa— lo relativo a los “datos sensibles” que fundamentan la restricción a aquel deber genérico, sino que se remite, lisa y llanamente, a lo normado en la ley 25.326.

“Los sujetos comprendidos en el artículo 2° sólo pueden exceptuarse de proveer la información requerida [...] cuando se configure alguno de los siguientes supuestos:

i. información referida a datos personales de carácter sensible —en los términos de la ley 25.326— cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que se refiere la información solicitada” (artículo 16 del decreto 1172/03).

En suma, para el decreto que específicamente regula esta materia, no se puede informar lo relativo a “datos sensibles”, y estos son los que define la ley 25.326: “*Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual*” (artículo 2° de la citada ley).

En armonía con esto, el artículo 5° de la ley 25.326 dispone: “No será necesario el consentimiento [del titular de los datos] cuando: (...) c) *Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio*”. Estos listados nada tienen que ver, en el sistema de la ley 25.326, con los “datos sensibles” del artículo 2°.

Puesto que la actora indicó que su pedido se vería satisfecho con el libre acceso a los padrones (ver considerando 1°, último párrafo) y dada la claridad de las normas transcritas, la demandada no tuvo más remedio que reconocer que no era el contenido de los datos consignados en los padrones lo que era “sensible”. En efecto, la claridad de los artículos 2° y 5°, 2.c, de la ley 25.326 le impidió sostener otra cosa.

Ahora bien, en tren de soslayar los preceptos legales, el afán retórico de la demandada la llevó a intentar convertir en “sensibles” a datos que no lo son, con vagas apelaciones al “contexto” que —si fueran aceptadas— esterilizarían, en la práctica, la vigencia de lo dispuesto por el artículo 5°, 2.c, ya citado.

Lo argüido por el Ministerio de Desarrollo Social (que afirma implementar tres principales programas: Plan de Seguridad Alimenta-

ria, Plan Familias y Plan Desarrollo Local y Economía Social, conf. fs. 314) merece varias observaciones. En primer lugar, constituye una pretensión de extender lo “sensible” más allá de los límites marcados por el artículo 2° de la ley 25.326, atribuyéndose una prerrogativa que solo compete al legislador. El texto legal enumera taxativamente los “datos sensibles” y no puede dicho elenco ser aumentado. Adviértase, como dato corroborante, que la disposición 5/2006, del Director Nacional de Protección de Datos Personales (Boletín Oficial del 3 de marzo de 2006), se ciñe estrictamente en este punto —como no podía ser de otra manera— al texto de la ley.

En segundo término, puesto que en el sub lite se trata del derecho a acceder a la información en poder del Estado, es preciso recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006 (ver Fallos: 335:2393), expresó que “[...] En una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones” (párrafo 92). Ese principio no es respetado por la demandada, que pretende sortear la ley, inventando excepciones y disfrazando su incumplimiento con el ropaje de altruistas intenciones (proteger la intimidad de terceros).

Por último, el alegado propósito de evitar que se exteriorice la “vulnerabilidad” de los empadronados llevaría —de aceptárselo en los términos pretendidos por el Ministerio— a impensadas conclusiones, no conciliables con una sociedad democrática y un estado de derecho. La “vulnerabilidad” de muchos conciudadanos es una experiencia cotidiana que lastima a quienes la sufren y a quienes son testigos de ella, todos los días. No es ocultando padrones que se dignifica a los vulnerables. Por el contrario, haciéndolos accesibles se facilita que las ayudas estatales lleguen a quienes tienen derecho a ellas. La transparencia -no la opacidad- beneficia a los vulnerables. Ayudarlos no es ignominioso, la ignominia es pretender ocultar a quienes se asiste, pretendiendo que impere el sigilo en el ámbito de la canalización de los fondos públicos. Fondos que, parece innecesario aclarar, no son del Ministerio sino de la sociedad toda.

7°) Que, por fin, deben también rechazarse la pretensión de la apelante en cuanto a aplicar, en el caso, lo normado por la ley 25.326, en su

artículo 11. En efecto, dicho precepto regula lo concerniente al convenio de cesión de datos personales (por ello las partes son el “cedente” y el “cesionario”), supuesto totalmente ajeno al de autos. Además, la propia norma excluye de la necesidad de consentimiento a los casos previstos en el artículo 5°, inciso 2, de la ley (ver supra, considerando 6°).

Por todo ello, oído el señor Procurador General, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

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

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar al amparo promovido por la actora (Centro de Implementación de Políticas Públicas - CIPPEC), ordenando al Ministerio de Desarrollo Social brindar la información requerida por aquélla en la nota presentada el 1° de julio de 2008 (fs. 297/299).

La actora pidió, en la mencionada nota (fs. 45/46), la siguiente información: a) “*acceso a la información a padrones de beneficiarios de transferencia tramitadas y/o subsidios otorgados en el rubro presupuestario 5.1.4. (Ayuda social a personas) durante 2006 y 2007*”; b) información sobre “*los programas sociales que entregan prestaciones a personas jurídicas (rubro presupuestario 5.1.7.), sean éstas organizaciones locales, instituciones comunitarias, asociaciones barriales*”, identificando el nombre de la organización, programa bajo el que recibe el subsidio y monto de las transferencias, durante 2006 y 2007; c) “*información sobre el alcance territorial y los servidores públicos de nivel nacional, provincial o local y representantes de organizaciones políticas, sociales o sindicales que intervengan en algún momento del proceso de la entrega de las prestaciones y los intermediarios que otorgan los planes (municipios, organizaciones sociales, etc.)*”.

Con relación a la primera de las informaciones (ver supra a), el CIPPEC aclaró que vería *“satisfecho este pedido si el Ministerio de Desarrollo Social facilitara el acceso a la información solicitada a través de su página WEB, garantizando el libre acceso a los padrones [...]”* (fs. 45) y recomendó seguir *“por su simplicidad y accesibilidad, el modelo de acceso a la información implementado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el Plan Jefes y Jefas de Hogar”* (fs. 46).

2°) Que el a quo desechó en su fallo, las razones aducidas por el ministerio para negarse a dar la información. En especial, rechazó que los padrones de las personas físicas beneficiarias de los programas de ayuda social contuvieran datos sensibles y confidenciales que no puedan ser difundidos (fs. 298 vta.).

Destacó, en este punto, que de conformidad con las normas aplicables (artículos 2° y 16 del decreto 1172/03 y artículos 2° y 5°, inciso 2.c, de la ley 25.326), *“no se advierte que existan razones válidas para dicha negativa [del ministerio] ya que no se trata de aspectos que involucren la seguridad así como tampoco —en principio— sean susceptibles de afectar la intimidad y el honor de las personas o que pudiera importar una forma de intrusión arbitraria de la recurrente”* (fs. 299).

Terminó subrayando que *“la Corte Suprema ha convalidado, en forma reiterada, la incorporación al derecho interno, del derecho a la información”* (loc. cit.).

3°) Que contra el reseñado fallo la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 303/322), que fue concedido por el a quo solo en lo concerniente al *“alcance y aplicación de normas de carácter federal-ley 25.326 y decreto 1172/03, entre otros—”* (fs. 361, punto 5°), denegándose en lo relativo a la invocada arbitrariedad (loc. cit., punto 6°). Contra la denegatoria parcial la accionada no dedujo recurso de queja.

4°) Que en atención a la forma en que el remedio federal ha sido concedido, la jurisdicción del Tribunal se encuentra circunscripta a la interpretación de las normas federales en juego, en el marco de lo dispuesto por el artículo 14, inciso 3°, de la ley 48.

5°) Que los agravios de la demandada —dentro de los límites indicados en el considerando precedente— son así sintetizados por aquella: *“el óbice para la remisión de ‘copias de los padrones de beneficiarios de las transferencias tramitadas y/o subsidios otorgados en el rubro presupuesto 5.1.4.’ encuentra su fundamento en el carácter sensible de tales datos [...] se advierte que lo ‘sensible’ del dato a proporcionar en el presente caso, no es el contenido del mismo en sí (nombre, apellido, DNI), sino el mismo hecho de estar incluido en dicho padrón, teniendo en cuenta que el mismo plasma no sólo las situaciones de vulnerabilidad social en que viven las personas relevadas sino que además determina el tipo de prestación que se reconoce para cada titular de derechos [...]”* (fs. 312 vta.).

Estos conceptos son reiterados en varias ocasiones: *“la característica que convierte en sensible a los datos personales antes mencionados no estriba en su contenido en sí mismo, sino del contexto en el que aquél se expone, esto es, su idoneidad para identificar a individuos en situación de vulnerabilidad [...]”* (fs. 314).

6°) Que habida cuenta que el caso se funda en el derecho de acceso a la información pública, este Tribunal se ha pronunciado al respecto en la causa “Asociación Derechos Civiles c/ EN – PAMI - dto. 1172/03” (Fallos: 335:2393), a cuyos fundamentos a nivel doctrinario y jurisprudencial corresponde remitirse en razón de brevedad.

En cuanto al fondo del asunto, este Tribunal no comparte las apreciaciones del recurrente —formuladas en otros párrafos— sobre la “tensión” o “aparente conflicto” entre lo dispuesto por el decreto 1172/03 y la ley 25.326. Por el contrario, cuando el decreto 1172/03 (Anexo VII, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el P.E.N.), regula las excepciones al deber de proveer información, no determina de manera autónoma —en la materia que aquí interesa— lo relativo a los “datos sensibles” que fundamentan la restricción a aquel deber genérico, sino que se remite, lisa y llanamente, a lo normado en la ley 25.326.

“Los sujetos comprendidos en el artículo 2° sólo pueden exceptuarse de proveer la información requerida [...] cuando se configure alguno de los siguientes supuestos:

i. información referida a datos personales de carácter sensible —en los términos de la ley 25.326— cuya publicidad constituya una

vulneración del derecho a la intimidad y al honor, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que se refiere la información solicitada” (artículo 16 del decreto 1172/03).

En suma, para el decreto que específicamente regula esta materia, no se puede informar lo relativo a “datos sensibles”, y estos son los que define la ley 25.326: “*Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual*” (artículo 2° de la citada ley).

En armonía con esto, el artículo 5° de la ley 25.326 dispone: “*No será necesario el consentimiento [del titular de los datos] cuando: (...) c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio*”. Estos listados nada tienen que ver, en el sistema de la ley 25.326, con los “datos sensibles” del artículo 2°.

Puesto que la actora indicó que su pedido se vería satisfecho con el libre acceso a los padrones (ver considerando 1°, último párrafo) y dada la claridad de las normas transcritas, la demandada no tuvo más remedio que reconocer que no era el contenido de los datos consignados en los padrones lo que era “sensible”. En efecto, la claridad de los artículos 2° y 5°, 2.c, de la ley 25.326 le impidió sostener otra cosa.

Ahora bien, en tren de soslayar los preceptos legales, el afán retórico de la demandada la llevó a intentar convertir en “sensibles” a datos que no lo son, con vagas apelaciones al “contexto” que —si fueran aceptadas— esterilizarían, en la práctica, la vigencia de lo dispuesto por el artículo 5°, 2.c, ya citado.

Lo argüido por el Ministerio de Desarrollo Social (que afirma implementar tres principales programas: Plan de Seguridad Alimentaria, Plan Familias y Plan Desarrollo Local y Economía Social, conf. fs. 314) merece varias observaciones. En primer lugar, constituye una pretensión de extender lo “sensible” más allá de los límites marcados por el artículo 2° de la ley 25.326, atribuyéndose una prerrogativa que solo compete al legislador. El texto legal enumera taxativamente los “datos sensibles” y no puede dicho elenco ser aumentado. Adviértase, como dato corroborante, que la disposición 5/2006, del Director Nacio-

nal de Protección de Datos Personales (Boletín Oficial del 3 de marzo de 2006), se ciñe estrictamente en este punto —como no podía ser de otra manera— al texto de la ley.

En segundo término, puesto que en el sub lite se trata del derecho a acceder a la información en poder del Estado, es preciso recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006 (ver Fallos: 335:2393), expresó que “[...] En una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones” (párrafo 92). Ese principio no es respetado por la demandada, que pretende sortear la ley, inventando excepciones y disfrazando su incumplimiento con el ropaje de altruistas intenciones (proteger la intimidad de terceros).

Por último, el alegado propósito de evitar que se exteriorice la “vulnerabilidad” de los empadronados llevaría —de aceptárselo en los términos pretendidos por el Ministerio— a impensadas conclusiones, no conciliables con una sociedad democrática y un estado de derecho. La “vulnerabilidad” de muchos conciudadanos es una experiencia cotidiana que lastima a quienes la sufren y a quienes son testigos de ella, todos los días. No es ocultando padrones que se dignifica a los vulnerables. Por el contrario, haciéndolos accesibles se facilita que las ayudas estatales lleguen a quienes tienen derecho a ellas.

7°) Que, por fin, deben también rechazarse la pretensión de la apelante en cuanto a aplicar, en el caso, lo normado por la ley 25.326, en su artículo 11. En efecto, dicho precepto regula lo concerniente al convenio de cesión de datos personales (por ello las partes son el “cedente” y el “cesionario”), supuesto totalmente ajeno al de autos. Además, la propia norma excluye de la necesidad de consentimiento a los casos previstos en el artículo 5°, inciso 2, de la ley (ver *supra*, considerando 6°).

Por todo ello, oído el señor Procurador General, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Ministerio de Desarrollo Social**, representado por el Dr. **Sebastián Valentino** y patrocinado por el Dr. **Cristián L. Dellepiane**.

Traslado contestado por el **Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC)**, representado por el Dr. **Fernando Straface** y patrocinado por los Dres. **Alejandro D. Carrió** y **Mariela Belski**.

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

Tribunal de origen: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 8**.

COMISION NACIONAL DE VALORES c/ PAPEL PRENSA SA
s/ VERIFICACIÓN

RECURSO EXTRAORDINARIO

Cabe desestimar la quejas deducidas contra la sentencia que declaró la nulidad de la resolución 16.222 dictada por la Comisión Nacional de Valores, mediante la cual se declaró la irregularidad e ineficacia, a los efectos administrativos, de las reuniones del directorio de la demandada, pues los recursos extraordinarios cuya denegación originó las mismas, no se dirigen contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14, ley 48).

(Ver también causas C.1073.46; C.1051.46; C.1052.46, sentencias de la fecha, expedientes vinculados).

SOCIEDAD

Cabe dejar sin efecto la sentencia que declaró la nulidad de la resolución 16.222, dictada por la Comisión Nacional de Valores, mediante la cual se declaró la irregularidad e ineficacia, a los efectos administrativos, de las reuniones del directorio de la demandada, pues dicho acto administrativo fue dictado en ejercicio de las atribuciones que la ley le otorga a aquella como organismo de fiscalización, sin que se advierta que la declaración de irregularidad e ineficacia, a los efectos administrativos de los actos cuestionados, revista una naturaleza estrictamente sancionatoria en los términos de la ley 17.811.

-Disidencia de los jueces Elena I. Highton de Nolasco y E. Raúl Zaffaroni.
(Ver también causas C.1073.46; C.1051.46; C.1052.46, sentencias de la fecha, expedientes vinculados).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los recursos extraordinarios deducidos contra la sentencia que declaró la nulidad de la resolución 16.222 dictada por la Comisión Nacional de Valores, mediante la cual se declaró la irregularidad e ineficacia, a los efectos administrativos, de las reuniones del directorio de la demandada, fueron incorrectamente denegados, pues tal decisión genera un agravio definitivo al restringir las atribuciones legales y reglamentarias de la CNV en su carácter de órgano de control del mercado bursátil, y aun cuando la nulidad decretada por el a quo no ingresa en el fondo del asunto -regularidad o irregularidad de las reuniones de directorio- dejando abierta la posibilidad para que la cuestión pueda ser reeditada por la CNV, tal decisión implicó un desconocimiento definitivo de la facultad reconocida en el art. 6°, inc. h, de la ley 17.811 de declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización.

-Disidencia de los jueces Elena I. Highton de Nolasco y E. Raúl Zaffaroni-. (Ver también causas C.1073.46; C.1051.46; C.1052.46, sentencias de la fecha, expedientes vinculados).

COMISION NACIONAL DE VALORES

La ley 17.811 asignó a la CNV el poder de policía sobre el mercado de valores y su oferta pública como modo de resguardar los intereses de los inversores mediante la protección de la transparencia de las operaciones -bien jurídico tutelado-, necesario para mantener las condiciones de seguridad y confianza que impulsan la difusión de la propiedad de valores negociables, facultándola a dictar las normas a las cuales deben ajustarse las personas físicas y jurídicas que en cualquier carácter intervengan en la oferta pública de valores negociables y fiscalizar su cumplimiento (arts. 7°, primera parte, y 6°, incs. d y f, de la ley 17.811).

-Disidencia de los jueces Elena I. Highton de Nolasco y E. Raúl Zaffaroni-. (Ver también causas C.1073.46; C.1051.46; C.1052.46, sentencias de la fecha, expedientes vinculados).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 8/26 de la queja (en copia), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (sala C) se pronunció por la nulidad de la resolución 16.222, dictada por la Comisión Nacional de Valores (CNV) —mediante la cual se declaró la irregularidad e ineficacia, a los efectos administrativos, de las reuniones de directorio de Papel Prensa S.A. celebradas con fecha 4 de noviembre de 2009— ante el planteo presentado por la sociedad citada, que argumentó que se había afectado su derecho de defensa por entender que la declaración formulada en la resolución emitida por la CNV constituía una sanción y que, como tal, debió estar precedida de un procedimiento sumarial.

El tribunal de alzada declaró la invalidez del acto impugnado en los términos del art. 14, inc. b) *in fine* de la ley 19.549, por entender que había sido emitido en violación de la ley aplicable y de las formas esenciales. En ese entendimiento y por tal motivo, también resolvió que el tratamiento del fondo de la cuestión debatida en autos, apelada por Papel Prensa S.A., era inoficioso.

En apretada síntesis, consideró que la carencia de un procedimiento válido —sumario— en sede administrativa que precediera al dictado de la resolución CNV 16.222 y la omisión de explicitar la imprescindible correlación entre el contenido de la resolución y las atribuciones de la comisión nacional como órgano de control de la sociedad anónima, hacían concluir en la invalidez de la resolución atacada por Papel Prensa S.A.

Asimismo, entendió que a la CNV le era aplicable —en sus procedimientos— la ley 19.549, que el acto apelado había sido dictado en uso de facultades de “implicancia jurisdiccional” y que la presunción de legitimidad de la resolución no era absoluta sino una “mera presunción simple”.

Por otro lado, criticó la postura de la Fiscal General en cuanto sostuvo la irrecurribilidad de la resolución 16.222 en esa etapa del proceso, según lo establece el art. 14 de la ley 17.811, difiriendo el recurso para la ocasión en que se dicte la resolución definitiva en el sumario habilitado a partir de la resolución CNV 16.223. Sobre este punto, la cámara expresó que la resolución impugnada era definitiva en tanto importó tener por agotada cualquier discusión sobre la irregularidad

de los actos societarios y, por lo tanto, recurrible en los términos de los arts. 23 de la ley 19.549 y 94 de su reglamentación. Sostuvo que, con su dictado, se había declarado la invalidez de los actos del directorio y efectuado una “suerte de juicio anticipado” que dejaba vacío de contenido el sumario dispuesto.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial presenta el recurso extraordinario que obra en copia a fs. 28/45, cuya denegación (fs. 63/69) motivó esta queja.

En resumen, sostiene que: a) existe sentencia definitiva porque se obstruye el ejercicio de facultades regladas atribuidas por la ley federal 17.811 a la CNV; b) el fallo innova sobre su propia jurisprudencia anterior y se alza contra el precedente “Asorte S. A.” de la Corte Suprema (Fallos: 307:198), porque es inexacto que la declaración de irregularidad e ineficacia de los efectos administrativos de actos societarios deba estar precedida de un sumario; c) la sentencia repudia las facultades de la CNV —en especial las detalladas en el art. 6° inc. h) de la ley 17.811— sin declarar la inconstitucionalidad de las normas en que se basan; d) la función de fiscalización de la CNV en el mercado de capitales es esencial y la sentencia ignora, en especial, los alcances del deber de información al que están sometidas las sociedades fiscalizadas y la proyección que ejerce el incumplimiento de esos deberes sobre terceros, ahorristas e inversionistas.

Afirma que la sentencia interpreta la ley federal en contra de su letra y espíritu, al establecer que la declaración de irregularidad e ineficacia reglada por el art. 6°, inc. h) de la ley 17.811 es un acto administrativo con implicancias jurisdiccionales que decide acerca de la validez de actos jurídicos celebrados en la esfera de la sociedad; y que se equivoca el fallo y tergiversa el contenido del acto cuando equipara una declaración de irregularidad e ineficacia a una declaración de invalidez.

Expresa que esa errónea interpretación de la ley ya fue descalificada por la Corte en el citado precedente “Asorte”, con lo cual se aparta, además, indebidamente, de un pronunciamiento del Tribunal.

Aduce también que el *a quo* interpreta la facultad reglada de la CNV con absoluta prescindencia de las razones de interés público presentes en la función fiscalizadora del organismo y alega, en consecuencia, que existe un supuesto de gravedad institucional.

Asegura que no es verdad lo afirmado en la sentencia en cuanto a que la CNV no explica de qué modo la presunta falla detectada podría vincularse con la función específica del organismo de vigilar el funcionamiento correcto del mercado, cuando —en rigor— se explaya en el considerando de la resolución 16.222 sobre la importancia de las actas de directorio, las formas legales exigidas y la necesidad de la existencia de acta o actas para verificar el acontecer de los hechos y su relación con su deber de fiscalización y el deber de información de la sociedad, específicamente cita el art. 3°, inc. 3° del capítulo XXI de las Normas (N.T. 2001) que establece el deber de informar las renunciaciones o la remoción de los administradores o miembros del órgano de fiscalización, con expresión de sus causas y sus reemplazos.

- III -

Los motivos de la alzada para rechazar el recurso extraordinario son los siguientes: 1) la decisión que declaró la nulidad de la resolución 16.222 no es sentencia definitiva porque no agota la controversia, sino que deja abierta la instancia administrativa para que el órgano de control ejerza sus atribuciones, bien que respetando el debido proceso adjetivo, y no avanza ni decide sobre el fondo de la cuestión; 2) la mera alegación de una afectación de las facultades de fiscalización de la CNV no resulta suficiente para tener por configurado un agravio; 3) la mención del precedente “Asorte” no suple la inexistencia de sentencia definitiva, más aún cuando en dicha causa no se planteó el tema referido a la afectación del derecho de defensa en sede administrativa; 4) no existe gravedad institucional desde que las cuestiones de fondo que subyacen —si bien sin pronunciamiento a su respecto aún— son problemas típicamente societarios, y las facultades de control del organismo sobre la actividad bursátil no han sido puestas en tela de juicio.

- IV -

La Fiscal General, al presentarse en queja (fs. 70/79), expone los argumentos que se detallan a continuación: a) la sentencia es definitiva en tanto, al repudiar el ejercicio de la facultad que el art. 6°, inc. h) de la ley 17.811 otorga a la CNV, sin declarar a esa norma inconstitucional, causa un agravio de imposible reparación ulterior porque obstruye de manera actual y definitiva el cumplimiento de los cometidos legales de esa comisión, para lo cual debe estar dotada de los poderes suficientes; b) la similitud de lo aquí cuestionado con lo fallado en el precedente “Asorte S. A.” es la decisión acerca de la vigencia de la

atribución del órgano de control de declarar la irregularidad e ineficacia, a los efectos administrativos, de actos sometidos a su fiscalización, sin necesidad de instruir sumario previo; c) la posibilidad de instar una nueva investigación no disipa los cuestionamientos en torno a la obstrucción de las funciones de la CNV, porque la interpretación que los jueces dan a la facultad del art. 6°, inc. h) la convierte en obsoleta y simbólica; d) no se trata, en el caso, de meras cuestiones societarias, sino que se encuentra comprometido el interés público —regularidad del mercado bursátil y competencias del organismo de control—; e) la exégesis de la ley 17.811 realizada por la cámara inutiliza la potestad fiscalizadora de la CNV, al sujetarla a requisitos incompatibles con su ámbito de actuación; f) existe cuestión federal, pues se encuentra en tela de juicio la interpretación de las normas de ese carácter que dan sustento a la facultad reglada de la CNV: arts. 3°, 6° b) y f), 9° b) y 26 de la ley 22.315; 6° h), 7° b) y 13 de la ley 17.811; 1° y 2° de la ley 22.169; 5° inc. a) del decreto 677/2001 y 3° y 6°, Cap. XXI y 1° y 11, Cap. XXVI de las Normas (NT 2001), y el fallo interpreta la ley federal 17.811 en contradicción con la doctrina del caso “Asorte”, en el que la Corte había descalificado un tema semejante; g) la sentencia es arbitraria porque se aparta de las constancias de la causa, al juzgar que la declaración de irregularidad e ineficacia es lo mismo que una declaración de invalidez, y no es derivación razonada del derecho vigente al prescindir de la aplicación de la ley 17.811 que establece la facultad de la CNV de fiscalizar permanentemente el funcionamiento y la actividad de las sociedades sometidas a su control.

- V -

Ante todo, debo aclarar que tanto el recurso extraordinario como la queja, motivada en su denegación, han sido presentados por un representante de este Ministerio Público Fiscal —la señora Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial— en ejercicio del deber de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, de acuerdo a lo exigido por el art. 120 de la Constitución Nacional, postura que, en casos como el de autos, también se apoya en las previsiones del art. 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946.

Resta expresar que queda claro, conforme al relato de los hechos, los términos de la sentencia recurrida y los argumentos esgrimidos en los escritos recursivos, que el *tema a decidir* en esta oportunidad no se refiere a los hechos y actos societarios que motivaron el dictado de la resolución CNV 16.222 —que, como reconoce en su fallo la cámara,

no han sido materia de decisión en esa instancia— sino, antes bien, la interpretación que formula el *a quo* sobre las facultades atribuidas por ley a la CNV, la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a dicho organismo y la alegada creación de una nueva sanción por vía jurisdiccional.

Sentado ello, y no obstante ser el recurrente el Ministerio Público Fiscal, me pronunciaré sobre la admisibilidad formal del recurso extraordinario deducido (art. 33, inc. a), ap. 5°, de la ley 24.946).

Sobre la base de tales principios, en mi opinión, el recurso extraordinario intentado fue incorrectamente denegado. En efecto, el caso reviste gravedad institucional tanto por el carácter federal de la normativa involucrada como porque la decisión que se recurre desconoce las atribuciones legales y reglamentarias de la CNV en su calidad de órgano de control del mercado bursátil.

Entiendo pues que, al encontrarse en tela de juicio la interpretación de preceptos federales —en especial, el art. 6°, inc. h) de la ley 17.811— y actos de autoridad nacional dictados en su virtud —la resolución CNV 16.222— y ser la decisión contraria a las pretensiones del apelante, el recurso es formalmente admisible (Fallos: 324:333; 326:3852, entre otros). Asimismo, al invocarse causales de arbitrariedad que se encuentran inescindiblemente vinculadas con los temas federales en discusión, corresponde que ellos sean examinados en forma conjunta (Fallos: 323:2519; 324:4307, entre muchos).

-VI-

En tales condiciones y en razón de las particulares circunstancias que se presentan en autos, entiendo que corresponde mantener los términos de ambos remedios procesales.

Sin perjuicio de lo antedicho, no resulta ocioso reproducir, en lo que aquí interesa, el dictamen de este Ministerio Público en la causa C.4043.XXXVIII “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S. A. s/ transferencia paquete accionario a Nabisco” —que fue compartido y hecho suyo por V. E. en fallo del 24 de abril de 2007 (Fallos: 330:1855)—.

En la citada opinión, con el fin de resaltar el interés público que funda las atribuciones de la CNV, se recordó que la ley 17.811 asignó a ese organismo la función de ejercer el poder de policía (Fallos: 304:883) sobre la oferta pública de valores negociables, como modo de resguardar los intereses de los inversores, mediante la protección de la transparencia de las operaciones, necesaria para mantener las condiciones

de seguridad y confianza que impulsan la difusión de la propiedad de valores negociables. A dicho fin, el organismo de control dicta las normas a las cuales deben ajustarse las personas físicas y jurídicas que en cualquier carácter intervengan en la oferta pública de valores negociables, fiscaliza su cumplimiento (arts. 6°, incs. d, f y h y 7° de la ley 17.811) y aplica sanciones previo sumario (arts. 10 y 12 de la ley 17.811). Estas disposiciones fueron complementadas con la ley 23.697 que facultó —art. 41— al Poder Ejecutivo Nacional para dictar las normas necesarias para afianzar el funcionamiento del mercado de capitales, preservando los deberes y responsabilidades previstos en la ley 17.811, a fin de llevar transparencia e igualdad de oportunidad de inversión a todas las plazas del país. Por su parte, por el decreto 2284/91, ratificado por la ley 24.307, el PEN atribuyó competencia a la CNV para establecer requisitos de información a los que debían sujetarse las sociedades emisoras, administradores, gerentes y demás personas vinculadas a ellas, como así también las restricciones aplicables al uso de esa información en transacciones con títulos valores.

También se mencionó que la Organización Internacional de Comisiones de Valores publicó en 1998 los “Objetivos y principios para la regulación de los mercados de valores”, señalando como objetivos principales la protección de los inversores, garantizar que los mercados sean justos, eficientes y transparentes y la reducción de riesgo sistémico, objetivos estrechamente vinculados entre sí y que tienen fundamento esencialmente en la disponibilidad de la información relevante y suficiente en forma oportuna.

Resulta atinado, a su vez, reseñar que V. E. afirmó que de los términos de la ley 17.811 se desprende que su propósito no es sólo regular ciertas relaciones entre particulares, sino que apunta a un objetivo eminentemente público cual es crear las condiciones e instrumentos necesarios para asegurar una efectiva canalización del ahorro hacia fines productivos (Fallos: 303:1802).

Lo expuesto no hace más que reafirmar el carácter de interés público y general que deriva de la aplicación e interpretación de la ley 17.811 y que motiva la competencia de este Ministerio Público en cuanto a su obligación de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

- VII -

En este estado, resulta menester transcribir las disposiciones de la ley 17.811 —según su redacción modificada por el art. 39 del anexo

“Régimen de transparencia de la oferta pública” aprobado por el artículo 1° del decreto 677/91— cuya interpretación está discutida.

Art. 6°: “La Comisión Nacional de Valores tiene las siguientes funciones:... f) *fiscalizar* el cumplimiento de las normas legales, estatutarias y reglamentarias en lo referente al ámbito de aplicación de la presente ley;... h) *declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos* los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, a las reglamentaciones dictadas por la Comisión Nacional de Valores, al estatuto o a los reglamentos...”.

Art. 7°: “La Comisión Nacional de Valores dicta las normas a las cuales deben ajustarse las personas físicas o jurídicas que, en cualquier carácter, intervengan en la oferta pública de títulos valores, a los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos en esta ley. En el ejercicio de sus funciones puede: a) *requerir informes y realizar inspecciones e investigaciones* en las personas físicas y jurídicas sometidas a su jurisdicción;...”.

Art. 8°: “Las *informaciones* recogidas por la Comisión Nacional de Valores, en ejercicio de sus facultades de inspección e investigación tienen carácter secreto...”.

Art. 10: “*Sanciones*. Las personas físicas y jurídicas que infrinjan las disposiciones de la presente ley y las reglamentarias, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que fueren aplicables, serán pasibles de las siguientes sanciones: a) *apercibimiento*; b) *multa*...; c) *inhabilitación*...; d) *suspensión*...; e) *prohibición para efectuar ofertas públicas de valores negociables*...”.

Art. 12: “*Las sanciones* establecidas en el presente capítulo serán aplicadas por el directorio de la Comisión Nacional de Valores, mediante resolución fundada, *previo sumario sustanciado a través del procedimiento que reglamentariamente establezca la Comisión Nacional de Valores*, que deberá observar y hacer aplicación de los principios y normas que se establecen en este artículo y de las *normas de procedimiento que dicte la propia Comisión Nacional de Valores*. Serán de *aplicación supletoria* los principios y normas del procedimiento administrativo y deberá resguardarse a través de la transcripción en actas de las audiencias orales, la totalidad de lo actuado para la eventual revisión en segunda instancia. *El trámite sumarial deberá iniciarse sobre la base de las conclusiones de la investigación, de oficio o por denuncia*... La Comisión Nacional de Valores podrá disponer en cualquier momento previo a la instrucción del sumario la comparecencia personal de las partes involucradas en la investigación para re-

querir las explicaciones que estime necesarias y aun para reducir las discrepancias que pudieren existir sobre cuestiones de hecho labrándose acta de lo actuado... De resultar admitidos los hechos y mediado reconocimiento expreso por parte de los investigados en las conductas infractoras y de su responsabilidad, la Comisión Nacional de Valores podrá disponer la conclusión de la investigación resolviendo sin más trámite, y disponiendo en el mismo acto la aplicación de sanciones que correspondan de conformidad con el art. 10 de esta ley..”.

Art. 13: “Cuando fundadamente se advierta la existencia de situaciones de riesgo sistémico, u otras de muy grave peligro, la Comisión Nacional de Valores, o las respectivas entidades autorreguladas, podrán *suspender preventivamente* la oferta pública o la negociación de valores negociables, o de contratos a término, de futuros y opciones de cualquier naturaleza y *la ejecución de cualquier acto sometido a su fiscalización*. También podrá adoptarse al iniciarse la investigación o en cualquier etapa del sumario...”.

“Interrupción: La Comisión Nacional de Valores, o las respectivas entidades autorreguladas, *podrán interrumpir transitoriamente* la oferta pública de valores negociables o de contratos a término, de futuros y opciones de cualquier naturaleza cuando se encuentre pendiente la difusión de información relevante, o se presenten circunstancias extraordinarias que lo tornen aconsejable...”.

Art. 14: “Las decisiones que dicte la Comisión Nacional de Valores instruyendo sumario y durante su substanciación *serán irrecurribles* pero podrán ser cuestionadas al interponerse el recurso respectivo si se apelara la resolución definitiva [aplicando sanciones]...” (las cursivas no son de los originales).

Art. 9° del anexo “Régimen de transparencia de la oferta pública” aprobado por el artículo 1° del decreto 677/91: “Deber de información. Toda persona sujeta a un procedimiento de investigación debe proveer a la Comisión Nacional de Valores la información que ésta le requiera. La conducta renuente y reiterada observada durante el procedimiento podrá constituir uno de los elementos de convicción, corroborante de los demás existentes, para decidir la apertura de sumario y su posterior resolución final...”.

Art. 19 de la resolución general 400/2002 de la Comisión Nacional de Valores —reglamentación del decreto 677/01— modificatoria de las Normas (N.T. 2001): “Incorpórase a las *Normas (N.T. 2001)* el capítulo XXIX ‘Procedimiento Sumarial’...”.

- VIII -

En cuanto al fondo del asunto, desde mi punto de vista, y más allá de reiterar que mantengo los términos de las presentaciones efectuadas por la Fiscal Federal, entiendo que deben ser acogidos los agravios dirigidos a cuestionar los argumentos expuestos por el tribunal *a quo* en la sentencia recurrida.

En efecto, de la sola lectura de las normas en juego, efectuada en el anterior acápite, surge que el acto por el que la CNV efectúa la “declaración de irregulares e ineficaces a los efectos administrativos” no es un acto sancionatorio sino que, antes bien, es un acto administrativo de prevención por el cual ese organismo traduce el ejercicio de sus facultades de fiscalización e investigación, con apoyo en la ley 17.811, que regula sus funciones y competencias como organismo de control de la actividad bursátil. De hecho, dicho acto declarativo no figura en la enumeración de “sanciones” del artículo 10 de la ley 17.811, circunstancia *no menor* reconocida por el tribunal a fs. 13 del fallo, al afirmar que “... la atribución conferida en el art. 6º, inc. h) de la ley 17.811 ...no parece corresponder a una de las sanciones enumeradas en el art. 10 de la misma ley...”.

Al descartarse que se trate de una sanción —a diferencia de lo que sostiene el tribunal— la declaración del art. 6º, inc. h) no requiere sumario previo, máxime si se tiene en cuenta que el trámite sumarial se inicia sobre la base de las conclusiones de la investigación (art. 12, segundo párrafo, de la ley 17.811 —versión actualizada por el decreto 677/01—) y que puede la CNV suspender preventivamente cualquier acto sometido a su fiscalización (art. 13 de la misma norma). En tal entendimiento, tampoco considero vulnerado el derecho de defensa de la sociedad toda vez que —conforme a las normas no declaradas inconstitucionales por la cámara— y por no requerirse, en el caso, la tramitación de previo sumario, tanto los requerimientos de información cursados a la sociedad como la constancia de sucesivas inspecciones —ocasiones en las que la sociedad pudo contestar lo pertinente y aportar la documentación solicitada, más allá de la valoración que la CNV haya efectuado sobre lo aportado— resultan datos suficientes para concluir que la declaración no fue realizada sin conocimiento de la sociedad fiscalizada. De ello da cuenta el propio pronunciamiento de Cámara a fs. 19.

En este orden, cabe recordar que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley; no

cabe pues, a los jueces, sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió. Así lo ha dicho en reiteradas oportunidades la Corte Suprema (Fallos: 316:2695, entre muchos), y ha afirmado también que cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación ella debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso expresamente contemplado en la norma (Fallos: 311:1042).

Ante la claridad de las disposiciones de la ley 17.811 —más aún, cuando no ha sido declarada su inconstitucionalidad— no cabe al juez interviniente apartarse de la solución impartida por la norma toda vez que, de así hacerlo, no sólo realiza una interpretación de una facultad privativa de un organismo como la CNV —que, en el caso, se traduce en un deber legal para el organismo de control, en tanto una conducta de un fiscalizado sea contraria a la ley, los reglamentos o estatutos— sino que media lo que el tribunal ha dado en llamar “un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso” (Fallos: 320:1546).

Lo dicho se extiende también respecto de la aplicación lisa y llana de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, que realiza la alzada, a los procedimientos que se llevan a cabo en el ámbito de la CNV, desde que éstos tienen regulación propia (artículo 12 de la ley 17.811 y Normas (N.T. 2001) y sólo se debe acudir en forma supletoria a la ley 19.549 (v. art. 12 ley 17.811) cuando no exista previsión en las normas específicas que, para el caso, y como se ha visto, regulan detalladamente los procedimientos que lleva a cabo la CNV.

- IX -

Por lo expuesto, además de mantener los términos de la apelación extraordinaria de la Sra. Fiscal General, opino que corresponde admitir la queja y revocar la sentencia en lo que fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 18 de mayo de 2011. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 26 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Recursos de hecho deducidos por la Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones en lo Comercial en la causa ‘Comisión Nacional de Valores c/ Papel Prensa S.A. s/ verificación’ y por la

actora en la causa C.1054.XLVI. ‘Comisión Nacional de Valores c/ Papel Prensa S.A s/ apelación directa’”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los recursos extraordinarios, cuya denegación origina estas quejas, no se dirigen contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14, ley 48).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación (expte. C.1070.XLVI), se desestiman las quejas. Declárase perdido el depósito de fs. 2 (expte. C.1054.XLVI). Notifíquese y, previa devolución de los autos principales (expediente n° 75.479/09), archívese.

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

1º) Que la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial declaró la nulidad de la resolución 16.222 dictada por la Comisión Nacional de Valores (en adelante CNV), mediante la cual se declaró la irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de las reuniones de directorio de Papel Prensa S.A. celebradas con fecha 4 de noviembre de 2009.

Para así decidir, el tribunal a quo consideró —principalmente— que el acto impugnado resultaba inválido en los términos del art. 14, inc. b in fine de la ley 19.549, por haber sido emitido en violación de la ley aplicable y de las formas esenciales en tanto no había cumplido con el procedimiento válido —derecho a ser oído y a ofrecer y producir pruebas— en sede administrativa. Sobre la base de dichas razones, la

cámara resolvió que el tratamiento del fondo de la cuestión debatida resultaba inoficioso (fs. 941 y siguientes).

2º) Que contra dicho pronunciamiento la Fiscal General ante la mencionada cámara y la CNV interpusieron sendos recursos extraordinarios, que fueron denegados por el tribunal a quo con fundamento en que la decisión apelada no era definitiva en tanto dejaba abierta la instancia administrativa para que el órgano de control (CNV) ejerciera sus atribuciones aunque respetando el debido proceso adjetivo. Agregó que la mera alegación de una afectación de las facultades de la CNV no resultaba suficiente para tener por configurado un agravio (fs. 1046/1052).

Contra dicha denegatoria, las recurrentes interpusieron los presentes recursos de queja. A fs. 81/87 el señor Procurador General de la Nación mantuvo el recurso deducido por la señora Fiscal General.

3º) Que los recursos extraordinarios fueron incorrectamente denegados. En efecto, la decisión apelada genera un agravio definitivo al restringir las atribuciones legales y reglamentarias de la CNV en su carácter de órgano de control del mercado bursátil. Aun cuando la nulidad decretada por el a quo no ingresa en el fondo del asunto -regularidad o irregularidad de las reuniones de directorio- y de esa manera deja abierta la posibilidad para que la cuestión pueda ser reeditada por la CNV, tal decisión implicó un desconocimiento definitivo de la facultad reconocida en el art. 6º, inc. h, de la ley 17.811 de declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, según se señalará en los considerandos siguientes.

Asimismo, en autos se encuentran cumplidos los restantes requisitos exigidos para la admisibilidad de los recursos extraordinarios, en tanto la sentencia apelada ha sido dictada por el superior tribunal de la causa, se encuentra en tela de juicio la interpretación de preceptos federales —en especial el art. 6º, inc. h, de la ley 17.811 y actos de autoridad nacional dictados en consecuencia— y la decisión cuestionada es contraria a las pretensiones de las apelantes. Al ser invocadas también causales de arbitrariedad que se encuentran inescindiblemente vinculadas con los temas federales en discusión, serán examinadas en forma conjunta (Fallos: 321:703; 323:2519; 324:4307; entre otros).

4º) Que, en primer lugar, resulta conveniente recordar que al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, este Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; entre otros).

5º) Que la cuestión a resolver en las presentes actuaciones se circunscribe a decidir si la función que el art. 6º, inc. h, de la ley 17.811 le atribuye a la CNV de declarar la irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de los actos sometidos a su fiscalización, requiere o no la realización de un sumario previo.

6º) Que la ley 17.811 asignó a la CNV el poder de policía sobre el mercado de valores y su oferta pública como modo de resguardar los intereses de los inversores mediante la protección de la transparencia de las operaciones —bien jurídico tutelado—, necesario para mantener las condiciones de seguridad y confianza que impulsan la difusión de la propiedad de valores negociables (doctrina de Fallos: 330:1855).

7º) Que, a tal fin, la ley citada faculta a la CNV a dictar las normas a las cuales deben ajustarse las personas físicas y jurídicas que en cualquier carácter intervengan en la oferta pública de valores negociables y fiscaliza su cumplimiento (arts. 7º, primera parte, y 6º, incs. d y f, de la ley 17.811).

Asimismo, en lo que aquí interesa, en el art. 6º, inc. h, se faculta a CNV a “declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, a las reglamentaciones dictadas por la COMISION NACIONAL DE VALORES, al estatuto o a los reglamentos”.

A su vez, en el art. 10 de dicha norma se establece que las personas físicas y jurídicas que infrinjan las disposiciones de la ley y las reglamentarias, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que fueren aplicables, serán pasibles de las sanciones de apercibimiento, multa, inhabilitación de hasta 5 años para ejercer determinadas funciones, suspensión y prohibición para actuar en el ámbito de la oferta pública.

Por su parte, en el art. 12 de la normativa en estudio se prevé que “[l]as sanciones establecidas en el presente capítulo serán apli-

casas por el Directorio de la COMISION NACIONAL DE VALORES, mediante resolución fundada, previo sumario substanciado a través del procedimiento que reglamentariamente establezca la COMISION NACIONAL DE VALORES, que deberá observar y hacer aplicación de los principios y normas que se establecen en este artículo y de las normas de procedimiento que dicte la propia COMISION NACIONAL DE VALORES. Serán de aplicación supletoria los principios y normas del procedimiento administrativo y deberá resguardarse a través de la transcripción en actas de las audiencias orales, la totalidad de lo actuado para la eventual revisión en segunda instancia”.

8º) Que cabe recordar que la primera regla de interpretación de las leyes es su letra y no corresponde a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió. Así lo ha dicho en reiteradas oportunidades la Corte Suprema (conf. doctrina de Fallos: 316:2695; 330:2892; entre muchos), y ha afirmado también que cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación ella debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso expresamente contemplado en la norma (Fallos: 311:1042; entre otros).

9º) Que de las disposiciones referidas surge que la ley 17.811 solo prevé la sustanciación de un sumario previo como requisito para la aplicación de sanciones, las cuales, según lo anteriormente transcrito, son las que se enumeran en el art. 10, precisamente bajo el título de “Sanciones”, y entre las cuales no se incluye a la declaración de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de los actos sometidos a la fiscalización de la CNV (art. 6º, inc. h).

Por el contrario, esta última facultad se encuentra enumerada entre las “funciones” que el art. 6º de la ley le atribuye a la CNV y que claramente no revisten carácter sancionatorio, como son: autorizar la oferta pública de títulos valores (inciso a); asesorar al Poder Ejecutivo Nacional sobre los pedidos de autorización para funcionar que efectúen las bolsas de comercio (inciso b); llevar el índice general sobre los agentes de bolsa inscriptos en los mercados de valores (inciso c); llevar el registro de las personas autorizadas para efectuar la oferta pública de títulos valores y establecer las normas a que deben ajustarse (inciso d); aprobar los reglamentos de las bolsas de comercio y de los mercados de valores (inciso e); fiscalizar el cumplimiento de las normas legales, estatutarias y reglamentarias (inciso f); y solicitar al Poder Ejecutivo

Nacional el retiro de la autorización para funcionar acordada a las bolsas de comercio y a los mercados de valores cuando dichas instituciones no cumplan las funciones que le asigna la ley (inciso g).

10) Que de lo anterior cabe concluir que la resolución 16.222 fue dictada en ejercicio de las atribuciones que la ley le otorga a la CNV como organismo de fiscalización, sin que se advierta que la declaración de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de los actos aquí cuestionados revista una naturaleza estrictamente sancionatoria en los términos de la ley 17.811.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General (expte. C.1070.XLVI), se hace lugar a las quejas, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva decisión con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 2 (expte. C.1054.XLVI). Agréguese las quejas al principal, notifíquese y remítanse.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recursos de hecho interpuestos por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Dra. Alejandra Gils Carbó; y por la actora, Comisión Nacional de Valores, representada por el Dr. Eduardo Patricio Basualdo Moine.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 2.

DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN c/ ESTADO
NACIONAL Y OTRO s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

DERECHOS DEL USUARIO

La decisión de la cámara de declarar inadmisibile el recurso de apelación se ve revestida de un injustificado rigorismo formal en la manera de apreciar la insuficiencia técnica del recurso y resulta, por lo tanto, incompatible con le derecho de defensa en juicio si no atendió, con el rigor

que es menester, a los términos del recurso de apelación presentado por el Defensor del Pueblo de la Nación ya que en él se identificó, de manera concreta, la afectación que el plexo normativo impugnado produciría sobre los intereses de los usuarios y consumidores y también se indicó que tal perjuicio sería consecuencia de la aplicación de una norma -art. 4° de la ley 25.790- cuya validez se puso en tela de juicio por contradecir expresamente las previsiones del art. 82 de la Constitución Nacional en cuanto prevé que “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluyen en todos los casos, la sanción tácita o ficta” (Disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

- La mayoría desestimó la queja al considerar que el recurso extraordinario cuya denegación la originó era inadmisibile (art. 280 CPCCN)-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 526/527 de los autos principales (a los que corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala IV), declaró desierto el recurso planteado por el Defensor del Pueblo de la Nación contra la sentencia de primera instancia que desestimó su demanda por no cumplir con los recaudos que exige el art. 265, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para interponerlo.

Para así decidir, los magistrados entendieron que aquél se limitó a expresar agravios sobre su legitimación para actuar, sin refutar el fundamento principal por el cual la demanda fue rechazada referido a que no se había acreditado una afectación a los derechos de los usuarios y consumidores.

En tal sentido, sostuvieron con cita del fallo de la Corte en la causa “Halabi”, que el Defensor no logró demostrar de qué manera la renegociación llevada a cabo por el Poder Ejecutivo en pleno uso de sus facultades afectó *nitidamente un derecho fundamental* (la letra cursiva es de la cámara) de los usuarios y consumidores del servicio de electricidad por quienes acciona.

- II -

Disconforme, el Defensor del Pueblo de la Nación interpuso el re-

curso extraordinario de fs. 534/553, el que denegado a fs. 607 da lugar a la presente queja.

En primer lugar recuerda que promovió acción contra el Estado Nacional con la finalidad de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 25.790, de los decretos 1957/06 y 1959/06 y de las resoluciones ENRE 50/07, 51/07 y 102/07, por haberse dictado modificando las reglas del procedimiento de aprobación de las leyes establecido en el art. 82 de la Constitución Nacional, al disponer la aprobación ficta o tácita de las propuestas de renegociación por parte del Congreso.

En tales condiciones, recuerda que sus agravios destinados a cuestionar la sentencia de primera instancia se refirieron a que su pretensión estuvo dirigida a tutelar los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios de energía eléctrica que pagarían tarifas más altas por el servicio, ello como consecuencia del incremento autorizado ilegalmente por la demandada sobre la base de normas dictadas en forma contraria a la establecida en la Constitución Nacional. Acota, al respecto, que si el invocado perjuicio no bastaba para dar por satisfecho tal recaudo, la jueza debió requerir las facturas de luz como medida para mejor proveer o cotejar las suyas.

Frente a ello entiende que la sentencia de la alzada es arbitraria y se sustenta en afirmaciones dogmáticas, pues la cámara no dio las razones por las cuales sostuvo que no se había acreditado el perjuicio, o en todo caso, por qué motivo el aumento tarifario no resultaba argumento suficiente para tenerlo por acreditado. Añade que tampoco se apoyó en fundamentos normativos y de hecho la aseveración de que el Poder Ejecutivo actuó en pleno uso de sus facultades.

Por último, considera que es improcedente que se le hayan impuesto las costas del proceso, al entender que su actuación en juicio es en defensa de los derechos de incidencia colectiva.

- III -

Ante todo, cabe recordar que son cuestiones de carácter procesal, propias de los tribunales de la causa y ajenas al recurso extraordinario, las referentes a la insuficiencia de la expresión de agravios y a la consiguiente declaración de que ha quedado desierto el recurso de apelación interpuesto (Fallos: 243:45), salvo supuestos excepcionales en los cuales se verifique alguna de las causales de arbitrariedad.

Considero que las circunstancias excepcionales indicadas no se presentan en este caso, pues en el memorial de agravios del recurso

ante la Cámara, cuyos términos limitan las competencias de la alzada y de la Corte cuando conoce por esta vía, el apelante no se hizo debido cargo de las motivaciones que sustentaron el fallo de primera instancia para desestimar la demanda, limitando sus agravios a objetar una supuesta denegación a su legitimación para accionar.

En efecto, la jueza de primera instancia, en el punto III) de la resolución obrante a fs. 460/465, claramente tuvo por legitimado al Defensor del Pueblo de la Nación para interponer la demanda, *“pues –dijo– la cuestión suscitada se relaciona con un aspecto sustancial de los derechos de los usuarios del servicio público de energía eléctrica, y por lo tanto, con una de las materias que autorizan la legitimación procesal del referido órgano de control, en virtud de los arts. 43 y 86 de la Constitución Nacional”* (v. fs. 464, 3er. párrafo).

Así pues, al ingresar al fondo de la cuestión, en el mismo pronunciamiento, la magistrada desestimó la demanda en cuanto a la pretendida declaración de inconstitucionalidad, por no mediar una controversia o caso judicial, al haberse omitido probar la existencia de un daño o afectación cierta a los derechos del demandante o a los intereses de los usuarios. Fundó tal decisión en el hecho de que el Defensor había aludido a afirmaciones genéricas -tales como *“se resiente seriamente el sistema republicano de gobierno”*, *“se afecta la soberanía del pueblo y la forma Republicana de Gobierno”*- para demostrar el perjuicio o la supuesta desprotección de los usuarios que les ocasionaba el incumplimiento del trámite previsto en el art. 82 de la Constitución Nacional.

Además, destacó la magistrada que sin perjuicio de ello, el Poder Ejecutivo Nacional había renegociado los contratos de servicios públicos haciendo uso de las facultades delegadas por la ley 25.561 y modificatorias, convocado a las audiencias públicas (mecanismo que garantiza el control de los usuarios), y puesto a disposición del Congreso las actas acuerdo *“obteniendo dictamen positivo de la Comisión Bicameral, luego remitido a ambas Cámaras posibilitando así el ejercicio de atribuciones propias del Poder Legislativo en cuanto al contralor del ejercicio de las facultades delegadas”* (v. punto VI de la sentencia, fs. 465 vta.).

Sin embargo, el Defensor -tal como se dijo-, al momento de apelar ante la cámara contra dicha sentencia (fs. 492/499), se agravio sustancialmente porque el fallo recurrido le habría negado equivocadamente legitimación para deducir la demanda (v. especialmente fs. 495 vta. y 498 vta.). Ello, sin cuestionar los argumentos de fondo por los cuales se desestimó su pretensión referidos a que no se acreditó el perjuicio

(o la desprotección) que habría ocasionado a los usuarios el incumplimiento del trámite previsto en el art. 82 de la Constitución Nacional, toda vez que durante el proceso de renegociación se había dado participación a los usuarios y consumidores, al tiempo que institucionalmente se habían adoptado los mecanismos de control pertinentes.

Así pues, tengo para mí que el perjuicio (aumento tarifario) que el apelante aduce que alegó en esa oportunidad no ha sido sustentado, en modo alguno, con la precisa y suficiente fundamentación demostrando que ello fue una consecuencia directa e inmediata de la inconstitucionalidad de las normas atacadas como violatorias del art. 82 de la Ley Fundamental, pues la impugnación de las leyes con base constitucional -como es sabido- no puede contemplarse en abstracto.

En tales condiciones, el temperamento adoptado por la Cámara no resulta arbitrario al declarar desierta la apelación, ya que -además de ser ajenas al recurso extraordinario las cuestiones fácticas y de procedimiento-, tal decisión no excede las facultades propias de los jueces de la causa, ni incurre en exceso ritual manifiesto en desmedro de la garantía constitucional de la defensa en juicio (conf. doctrina de Fallos: 243:45).

Al respecto, ha sido terminante la jurisprudencia del Tribunal al resolver que no procede la apelación extraordinaria contra la decisión del tribunal de alzada que declara desierto un recurso, con fundamento en la insuficiencia de la expresión de agravios, sin incurrir en arbitrariedad (Fallos: 253:397), y que el recurso extraordinario resulta ineficaz, con referencia a las cuestiones resueltas en primera instancia, si la alzada ha tenido por desierto el recurso de apelación (Fallos: 248:442).

De la misma manera, estimo que debe desestimarse el agravio referido a la imposición de las costas en las instancias ordinarias, en virtud de constituir una cuestión fáctica y procesal que únicamente concierne a los magistrados de la causa y ajena, en principio, a la vía prevista en el art. 14 de la ley 48.

- IV -

Opino, por lo tanto, que corresponde rechazar la queja interpuesta. Buenos Aires, 22 de noviembre de 2012. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 26 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja en examen, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y, oportunamente, archívese.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró desierto, por no cumplir con los recaudos establecidos en el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el recurso de apelación interpuesto por el Defensor del Pueblo de la Nación contra la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda que iniciara con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de: a) el artículo 4º de la ley 25.790 en cuanto dispuso que se tendrían por aprobadas las propuestas de renegociación de contratos de servicios públicos remitidas por el Poder Ejecutivo Nacional si el Congreso de la Nación no se expedía en el plazo de sesenta días de que éstas fueran recibidas; b) de los decretos 1957/06 y 1959/06

en los que se ratificaron las Acta Acuerdo de renegociación contractual suscriptas con EDENOR S.A. y EDESUR S.A. y; c) de las resoluciones 50/07, 51/07 y 102/07 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad por las que se aprobaron nuevos cuadros tarifarios aplicables a los usuarios, aun sobre consumos devengados con anterioridad a su publicación.

2º) Que los magistrados entendieron que el recurrente al expresar los agravios sólo había hecho hincapié en su legitimación para actuar, aspecto no desconocido por el a quo, sin refutar el principal argumento de la sentencia de primera instancia para rechazar la demanda, referido a la falta de acreditación de una afectación a los derechos de los usuarios y consumidores. En este sentido, destacaron que en el recurso de apelación no se había demostrado de qué “...*manera la renegociación llevada a cabo por el Poder Ejecutivo en pleno uso de sus facultades afecta nitidamente un derecho fundamental de los usuarios y consumidores del servicio de electricidad por quienes acciona el Defensor del Pueblo de la Nación...*”.

3º) Que contra este pronunciamiento el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 534/553, cuya denegación a fs. 607/608 motivó la presente queja.

4º) Que esta Corte tiene reiteradamente dicho que las resoluciones que declaran desierto un recurso ante el tribunal de alzada no son, en razón de su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del artículo 14 de la ley 48, salvo que lo decidido revele un exceso ritual susceptible de frustrar la garantía de la defensa en juicio (confr. Fallos: 307:1430; 311:2193; 324:176; 327:3166, entre otros).

5º) Que tal circunstancia se verifica en el sub examine pues se advierte que la sentencia de cámara no atendió, con el rigor que es menester, a los términos del recurso de apelación presentado por el Defensor del Pueblo de la Nación ya que en él se identificó, de manera concreta, la afectación, que el plexo normativo impugnado, produciría sobre los intereses de los usuarios y consumidores y también se indicó que tal perjuicio sería consecuencia de la aplicación de una norma (art. 4º de la ley 25.790) cuya validez se puso en tela de juicio por contradecir expresamente las previsiones del artículo 82 de la Constitución Nacional en cuanto prevé que “*La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta*”.

6º) Que, en efecto, en el escrito en cuestión el Defensor del Pueblo destacó que “...[e]n las condiciones expuestas, claramente esta acción tutela los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios de energía eléctrica que pagarán tarifas más alta por el servicio producto del incremento que se ha autorizado ilegalmente por la demandada en base a normas contrarias a la Constitución Nacional...” (confr. fs. 497).

7º) Que, en consecuencia, la decisión de la Cámara de declarar inadmisibile el recurso de apelación se ha visto revestida de un injustificado rigorismo formal en la manera de apreciar la insuficiencia técnica del recurso y resulta, por lo tanto, incompatible con el derecho de defensa en juicio, máxime si tiene en consideración que en el caso en examen se encuentran involucrados derechos de los usuarios y consumidores cuya tutela, con especial énfasis se garantiza en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Por lo expuesto, 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.

Agréguese la presentación directa a los autos principales. Notifíquese y remítanse las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho deducido por el Defensor del Pueblo de la Nación, actor en autos, representado por el Dr. Daniel J. Bugallo Olano.

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 nº 4, Secretaria nº 7.

PINTURAS Y REVESTIMIENTOS APLICADOS SA S/ QUIEBRA

ACREEDOR PRIVILEGIADO

Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó el pedido del acreedor laboral, tendiente a la percepción sin limitaciones y de manera preferente de su crédito indemnizatorio por accidente de trabajo, porque juzgó que las disposiciones del Convenio N° 173 de la OIT, en las que se había basado el reclamo, no han tenido recepción en la legislación local, pues tal argumentación resulta claramente contraria al criterio que emana, entre otros, de los precedentes de la Corte “Pérez” (Fallos: 332:2043) , “Fermin” (Fallos: 331:1664) y “Milone” (Fallos: 327:4607) en los cuales las normas contenidas en diversos convenios de la OIT, ratificados por el legislador nacional, fueron decisivas para la resolución de las controversias planteadas, y en el último de los casos mencionados, el Tribunal puso especialmente de relieve que los referidos instrumentos internacionales, en tanto hayan obtenido la ratificación legislativa, se inscriben en la categoría de los tratados a los que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional confiere un rango superior al de las leyes.

-Los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, declararon inadmisibile el recurso (art. 280 CPCCN).

ACREEDOR PRIVILEGIADO

Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó el pedido del acreedor laboral, tendiente a la percepción sin limitaciones y de manera preferente de su crédito indemnizatorio por accidente de trabajo, porque juzgó que las disposiciones del Convenio N° 173 de la OIT, en las que se había basado el reclamo, no han tenido recepción en la legislación local, dado que incumbía al a quo explicar con precisión por qué los preceptos internacionales invocados no resultaban directamente aplicables en el ámbito local y cuáles hubieran sido las medidas necesarias que el Estado debió adoptar para conferirles operatividad, cosa que no ha hecho y que muy difícilmente hubiera podido hacer de manera fundada y convincente.

-Los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, declararon inadmisibile el recurso (art. 280 CPCCN).

ACREEDOR PRIVILEGIADO

Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó el pedido del acreedor laboral, tendiente a la percepción sin limitaciones y de manera preferente de su crédito indemnizatorio por accidente de trabajo, porque juzgó que las disposiciones del Convenio N° 173 de la OIT, en las que se había basado el reclamo, no han tenido recepción en la legislación local, pues de conformidad a dicho convenio -ratificado por ley 24.285, siendo sus normas incorporadas al sistema jurídico argentino, con un rango superior al de la leyes (art. 75, inc. 22CN)-, el crédito del trabajador debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados y, en especial, a los del Estado y a los de la Seguridad Social.

-Los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, declararon inadmisibles el recurso (art. 280 CPCCN).

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La existencia o no de la necesidad de adoptar medidas para que las normas de los convenios de la OIT se apliquen en el Estado ratificante no puede ser establecida a la luz del art 19.5.d de la Constitución de la OIT, sino bajo la óptica del ordenamiento interno pues la incorporación de ese tipo de instrumentos depende básicamente de cada régimen nacional.

-Los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, declararon inadmisibles el recurso (art. 280 CPCCN).

ACREEDOR PRIVILEGIADO

El proyecto de distribución que mediante la aplicación del sistema de prorrateo, condena al trabajador a percibir sólo un 7,41 % de su crédito verificado con privilegio general y especial, y adjudica al organismo recaudador el 95% del saldo disponible, importa un apartamiento de lo establecido por normas federales de jerarquía supra legal -de acuerdo a lo establecido en el art. 75, inc. 22, C.N.-, afectando el principio constitucional de supremacía del artículo 31 de la Ley Fundamental (Voto del juez Petracchi).

-Del dictamen de la Procuración General, al cual remite-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en cuanto aquí interesa, confirmó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, desestimó la impugnación presentada por el acreedor laboral a fojas 648/650 (del expte. principal, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario) al proyecto de distribución de fondos de fojas 620/623, sobre la base de considerar que sólo se le reconocía a su crédito verificado el privilegio general y no el especial, invocando, en este sentido, el artículo 268 de la Ley de Contrato de Trabajo y el Convenio de la OIT N° 173 -ampliado por la Res. N° 180-, que prevé que los créditos de los trabajadores deben percibirse antes que los del Fisco (fs. 724/725 del expediente N° 70814 que corre agregado, al cual me referiré en lo sucesivo; salvo aclaración en contrario).

Para así decidir, el tribunal sostuvo que no resultaba de aplicación lo dispuesto por el artículo 268 de la Ley de Contrato de Trabajo, sobre privilegios especiales, desde que -afirma- con el dictado de la Ley N° 24.522 fue suprimido el artículo 265 de la Ley N° 19.551 que admitía la vigencia de los privilegios consagrados en leyes especiales. En este sentido, los jueces destacaron que las normas que acuerdan privilegios o beneficios excepcionales deben ser interpretadas en forma restrictiva, en tanto constituyen una excepción al principio de igualdad entre acreedores.

Por otra parte, los magistrados señalaron que el compromiso impuesto al Estado por el Convenio OIT N° 173 -incorporado a nuestro ordenamiento legal mediante Ley N° 24.285, B.O. 29/12/93- de dictar leyes que posterguen los créditos estatales frente a acreencias de origen laboral no resulta de aplicación en el actual contexto del ordenamiento concursal, desde que -dicen- no fueron dictadas las normas reglamentarias nacionales que permitan efectivizar esos derechos. Al respecto, agregaron que el cobro de la totalidad del crédito laboral, importaría reconocer una preferencia no prevista en la ley concursal, que, concluyen, no obstante haber sido reformada con posterioridad a la ratificación del Convenio N° 173, no fue modificada en tal sentido.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, el señor José Silvio Díaz -acreedor laboral- dedujo recurso extraordinario que fue concedido sólo en cuanto se vincula con la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y denegado por arbitrariedad (fs. 13/31 y 46/47, cuadernillo de recurso extraordinario), dando lugar a la queja que corre agregada a los autos S.C. P. N° 575; L XLVI -Recurso de Hecho- caratulados igual que los presentes (v. fs. 27/31, de ese expte.), respecto de los cuales V.E. ordenó, asimismo, correr vista a esta Procuración General, por lo que serán estudiados conjuntamente.

En síntesis, alega que existe cuestión federal, desde que la sentencia prioriza la norma interna frente al Convenio Internacional N° 173 de la OIT -y Recomendación N° 180- de rango constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), afectando el principio de supremacía previsto en el artículo 31 de la Carta Magna.

A su vez, tacha de arbitrario el pronunciamiento, por incongruente, pues realiza afirmaciones dogmáticas y no constituye una derivación razonada del derecho aplicable con particular referencia a las circunstancias de la causa.

En particular, aduce que, contrariamente a lo afirmado por el a quo, la Ley N° 24.522 no derogó expresamente el artículo 265 de la Ley N° 19.551, como si lo hizo, por ejemplo, en relación con los artículos 264 a 266 de la Ley N° 20.744 (“De la preferencia de los créditos laborales”) -v. art. 293, Ley N° 24.522-. De tal forma, argumenta que debe aplicarse al caso el artículo 268 de la Ley N° 20.744, que establece que los créditos como los de autos, gozan de privilegio especial que puede recaer, en cuanto aquí interesa, “sobre el precio del fondo de comercio, el dinero, títulos de créditos o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que sean directo resultado de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros”. Sostiene que, en concordancia con ello, el Convenio OIT N° 173, referido en especial a procesos falenciales, prevé para los créditos laborales un privilegio superior a la de la mayoría de los demás créditos privilegiados y “en particular a los del Estado y de la seguridad social” (v. art. 8 del citado Convenio). Esta última norma, concluye, resulta operativa y plenamente aplicable al caso, en tanto posee jerarquía *supra* legal en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Afirma que las sumas disponibles en la quiebra, tienen su causa en la liquidación de un bien inmueble (que forma parte del fondo de comercio, conf. art. 1° de la Ley N° 11.687), que era el asiento de la

empresa, donde, además, tuvo lugar el accidente de trabajo cuya indemnización constituye el crédito verificado con privilegio especial y general.

Por otra parte, precisa que, de acuerdo al proyecto de distribución presentado por el síndico -fs. 620/623-, el 95% del saldo disponible es adjudicado a la A.F.I.P., y que el monto restante sólo alcanza para cubrir el 7,5% de su acreencia, de \$81.581,64. Al respecto, manifiesta que la alzada fundamenta su decisión en la afectación -al principio de igualdad entre los acreedores, sin merituar el daño que implica el pago al Estado antes que a la masa de acreedores, que, en el caso, sólo está -dice- formada por el recurrente.

-III-

En mi opinión, el recurso interpuesto es formalmente admisible, pues se cuestiona, puntualmente, la aplicación del Convenio N° 173 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado -junto con la Recomendación N° 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador- por la República Argentina, por Ley N° 24.285 (B.O. 29/12/93), de naturaleza federal, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que en él invoca en su favor el apelante (art. 14, inc. 3°, Ley N° 48). A su vez, al ser invocadas causales de arbitrariedad que se encuentran inescindiblemente vinculadas con los temas federales en discusión, han de ser examinadas en forma conjunta (Fallos 321:703; 323:2519; 324:4307; etc.).

Sentado ello, corresponde precisar que según el proyecto de distribución agregado a fojas 620/623, el 95% del saldo disponible en razón de la subasta de un inmueble de la fallida, es destinado a satisfacer el crédito de la A.F.I.P., y el 4,4% restante (\$6.052,11) es adjudicado al trabajador verificado, lo cual sólo alcanza para cubrir el 7,5% de su acreencia (\$81.581,64).

Ahora bien, el Convenio N° 173 de la O.I.T. dispone en su artículo 5 que “[e]n caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”.

En cuanto al alcance de ese principio, el instrumento internacional mencionado establece que el privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes a salarios, vacaciones, indemn-

zación por fin de servicios adeudadas con motivo de la conclusión de la relación de empleo (en las condiciones establecidas por el art. 6 del Convenio N° 173). A su vez, la Recomendación N° 180 -ratificada, reitero, por la misma Ley N° 24.285- en su artículo 3.1 amplió dicha protección, en cuanto aquí interesa, a los créditos originados en indemnizaciones por accidentes de trabajo (v. inciso f).

Además, el artículo 8.1 del Convenio N° 173 impone a los Estados ratificantes la obligación de atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, “y en particular a los del Estado y de la Seguridad Social’ (el destacado me pertenece).

De tal forma, el proyecto de distribución que, mediante la aplicación del sistema de prorrato, condena al trabajador a percibir sólo un 7,41% de su crédito verificado con privilegio general y especial, y adjudica al organismo recaudador el 95% del saldo disponible, importa un apartamiento de lo establecido por normas federales de jerarquía supra legal -de acuerdo a lo establecido en el art. 75, inc. 22, C.N.- afectando el principio constitucional de supremacía del artículo 31 de la Ley Fundamental.

En tales condiciones, es dable concluir que esta última manda resulta operativa, valorando que en el marco de la doctrina sentada por el Máximo Tribunal para otorgarle ese carácter, está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso (Fallos 315:1492; 320:2948; 326:2805). Sin que se haya alegado que, en el caso de autos, haya sido satisfecho el crédito mediante una institución de garantía, tal como prevé el artículo 8.2 y los artículos 9 a 11 del Convenio mencionado.

En tal contexto, los agravios vinculados con la aplicabilidad al caso del artículo 268 de la Ley N° 20.744 en su relación con el artículo 1° de la Ley N° 11.687, devienen abstractos.

-IV-

En función de lo anterior, opino que corresponde revocar el pronunciamiento impugnado, en cuanto fue materia de recurso, con el alcance expuesto. Buenos Aires, 25 de abril de 2012. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 26 de marzo de 2014.

Vistos los autos: “Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra”.

Considerando:

1°) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la impugnación de un acreedor laboral al proyecto de distribución presentado por la sindicatura según el cual al crédito insinuado debía aplicarse la limitación del 50% establecida por el art. 247 de la ley concursal y conferírsele igual rango que el detentado por la acreencia de la AFIP. Contra tal pronunciamiento el incidentista dedujo el recurso extraordinario de fs. 13/31, que fue concedido a fs. 46/47 solo en cuanto plantea una cuestión federal y, denegado, respecto de la tacha de arbitrariedad que articula, aspecto que motivó la interposición de la queja que corre agregada por cuerda.

2°) Que, para decidir del modo indicado el a quo consideró que no resultaba aplicable al caso lo dispuesto por el art. 268 de la ley de contrato de trabajo, sobre privilegios especiales, dado que tras el dictado de la ley 24.522 quedó suprimida la disposición de la ley 19.551 (art. 265) que admitía la vigencia de los privilegios consagrados en leyes especiales. Entendió, asimismo, que las directivas del Convenio n° 173 de la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo OIT), ratificado por la ley 24.285, “sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador” carecen de operatividad sobre el ordenamiento concursal “pues lo cierto es que no se han armonizado aún aquellas regulaciones dispositivas con las normas nacionales, de naturaleza legal, reglamentaria o administrativa que permitan efectivizar los derechos de los trabajadores de empresas en insolvencia a percibir las acreencias correspondientes”.

3°) Que el apelante sostiene que la sentencia resistida es contraria al derecho federal, en tanto prioriza la norma interna frente al Convenio 173 de la OIT de rango suprallegal. Sostiene, asimismo, que el a quo interpreta el régimen legal de privilegios previsto en la ley 24.522

en forma contraria a la garantía establecida para los trabajadores en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en el convenio citado y en la Recomendación n° 180 emanada del mismo organismo internacional. Afirma, por lo demás, que el fallo cuenta solo con una fundamentación aparente y no constituye derivación razonada del derecho aplicable.

4°) Que existe en el caso materia federal suficiente que habilita el tratamiento de los agravios por la vía elegida toda vez que la decisión ha sido contraria al derecho que el apelante funda en el Convenio n° 173 de la OIT, ratificado por la República Argentina mediante la ley 24.285, de incuestionable naturaleza federal.

Dado que las causales de arbitrariedad invocadas se encuentran inescindiblemente vinculadas con el tema federal propuesto, su examen será efectuado en forma conjunta (Fallos: 314:529; 315:411; 321:703; 330:2180, entre muchos otros).

5°) Que como quedó sucintamente expuesto en el considerando 2° de la presente, el a quo desestimó el pedido del acreedor laboral, tendiente a la percepción sin limitaciones y de manera preferente de su crédito indemnizatorio por accidente de trabajo, porque juzgó que las disposiciones del Convenio n° 173 de la OIT, en las que se había basado el reclamo, no han tenido recepción en la legislación local. Tal argumentación resulta claramente contraria al criterio que emana, entre otros, de los precedentes de esta Corte “Pérez” (Fallos: 332:2043), “Fermín” (Fallos: 331:1664) y “Milone” (Fallos: 327:4607) en los cuales las normas contenidas en diversos convenios de la OIT, ratificados por el legislador nacional, fueron decisivas para la resolución de las controversias planteadas. Cabe recordar que en el tercero de los casos mencionados, el Tribunal puso especialmente de relieve que los referidos instrumentos internacionales, en tanto hayan obtenido la ratificación legislativa, se inscriben en la categoría de los tratados a los que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional confiere un rango superior al de las leyes.

6°) Que en relación con el debate de autos, además, resulta oportuno reproducir las consideraciones sobre la materia efectuadas por el Tribunal en la causa D.485.XLIV “Díaz, Paulo Vicente c/ Cervercería y Maltería Quilmes S.A.”, sentencia del 4 de junio de 2013. En dicho precedente se señaló que la ratificación de un convenio, con arreglo al art. 19.5.d, de la Constitución de la OIT, genera para los estados la obli-

gación de hacer efectivas sus disposiciones (Valticos, Nicolás, *Nature et portée juridique de la ratification des conventions internationales du travail, en International Law at the Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne* —Dinstein, Y., ed.—, M. Nijhoff, Dodrecht, 1989, p. 993). De ahí que solo en caso de ser “necesarias” para ese fin, el Estado ratificante deberá adoptar medidas internas. El precepto, en consecuencia, da cuenta de un “principio evidente” (*allant de soi/self-evidente*), en palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1925, según el cual “un Estado que ha válidamente asumido obligaciones internacionales, está obligado a introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de dichas obligaciones” (*Echange des populations grecques et turques / Exchange of Greek and Turkish Populations*, opinión consultiva, 21-2-1925, serie B, n° 10, p. 20, *itálica agregada*)

7°) Que en el mencionado caso “Díaz” se enfatizó, también, que la existencia o no de la necesidad de adoptar medidas para que las normas de los convenios de la OIT se apliquen en el Estado ratificante no puede ser establecida a la luz del citado art. 19.5.d, sino bajo la óptica del ordenamiento interno pues la incorporación de ese tipo de instrumentos depende básicamente de cada régimen nacional (Von Potobsky, Geraldo, *Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional, en Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, OIT, 2004, p. 290).

8°) Que, en función de lo expuesto, incumbía al a quo explicar con precisión por qué los preceptos internacionales invocados no resultaban directamente aplicables en el ámbito local y cuáles hubieran sido las medidas necesarias que el Estado debió adoptar para conferirles operatividad, cosa que no ha hecho y que, como se examinará enseguida, muy difícilmente hubiera podido hacer de manera fundada y convincente.

Es necesario señalar que, en lo que concierne al *sub lite*, el Convenio n° 173 de la OIT (“sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador”), ratificado por la ley 24.285 (art. 1°), establece que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deben: a) quedar protegidos por un privilegio de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar

la parte que les corresponde (art. 5°), y b) contar con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados y, en particular, a los del Estado y de la Seguridad Social (art. 8°). Como puede apreciarse, las claras directivas contenidas en la norma respecto del alcance de la protección que debe otorgarse al crédito laboral ante un supuesto de insolvencia del empleador, no son de carácter meramente programático sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad. Con la ratificación por el Congreso del Convenio n° 173 de la OIT, mediante la citada ley 24.285, sus normas se incorporaron al sistema jurídico argentino, con un rango superior al de las leyes (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) lo que determinó el desplazamiento de las pautas legales vigentes hasta ese momento que se opusiesen o no se ajustasen a ellas. Tal circunstancia descalifica el argumento de la cámara relativo a la necesidad de armonizar las reglas del derecho local y las internacionales como requisito indefectible para admitir la aplicación de estas.

9°) Que, como ha quedado expuesto, de conformidad con el convenio internacional, el crédito del trabajador debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados, en especial, a los del Estado y a los de la Seguridad Social. Cabe aclarar que el instrumento de la OIT, al referir a los rubros que deben quedar protegidos por el privilegio expresa que, al menos, deben cubrirse los créditos correspondientes a salarios por un período determinado, vacaciones, ausencias retribuidas e indemnizaciones por finalización de servicios (art. 6°, incs. a-d). Sin embargo, la Recomendación n° 180 de la OIT, que complementa las disposiciones del Convenio, determina que el privilegio debería alcanzar, además, a las indemnizaciones por *“accidentes del trabajo y enfermedades profesionales cuando corran directamente a cargo del empleador”* (punto II, 3.1.f). Es propicio puntualizar que las recomendaciones de la OIT, aunque carecen de contenido propiamente normativo (por lo que no están sujetas a la ratificación de los estados y no generan *per se* obligaciones internacionales para éstos), tienen un inapreciable valor a la hora de interpretar y determinar los alcances de las prescripciones de los convenios a los que se refieren en razón de provenir del mismo foro que ha dado vida a éstos. En función de ello, si se toma en cuenta que el

precepto convencional, al incorporar la expresión “al menos”, deja abierta la posibilidad de extender el privilegio a otros créditos laborales, es factible admitir —sin mayor esfuerzo interpretativo— que uno de esos ítems sea el resarcimiento por accidente de trabajo que contempla la Recomendación.

10) Que la conclusión que antecede aparece plenamente justificada en la medida en que se considere la especial naturaleza que revisan los créditos originados en la reparación de infortunios laborales, como el que está en juego en el *sub examine*. Al respecto, no resulta ocioso traer a colación algunos conceptos vertidos por esta Corte en el recordado precedente “Aquino” (Fallos: 327:3753) en el cual, aunque con referencia a un marco legal diverso al del presente, se debatió también la procedencia de una reparación integral por un siniestro laboral. En dicha oportunidad el Tribunal enfatizó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera “justa”, puesto que “indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento”, lo cual no se logra “si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida” (Fallos: 268:112, 114, considerandos 4° y 5°). Y si bien tal doctrina, había sido enunciada y aplicada en el terreno meramente patrimonial, resultaba a todas luces evidente que, con mayor razón, debía ser utilizada en los supuestos en que estuviese en juego no ya un valor instrumental, sino uno fundamental, como lo es la protección de la inviolabilidad física, psíquica y moral del individuo trabajador ante hechos o situaciones reprochables al empleador (considerando 4°).

Por lo demás, el argumento decisivo para determinar que la reparación de un infortunio laboral se encuentra comprendida en la protección a la que se refiere el Convenio n° 173 viene dado por lo expresamente estipulado en otro instrumento de la OIT: el Convenio n° 17 sobre la indemnización por accidentes del trabajo —de 1925— que fue ratificado por la República Argentina mediante la ley 13.560. Dicho cuerpo normativo prevé, al respecto, que “las legislaciones nacionales establecerán las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas para garantizar, en toda circunstancia, el pago de las indemnizaciones a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes, y para *garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador*” (itálica agregada).

11) Que, en las condiciones expuestas cabe concluir que las normas internacionales invocadas por el apelante han desplazado en el conflicto concreto que resulta de autos, a las reglas de los arts. 239, párrafo primero, 247 y 249 de la ley concursal sobre cuya base los jueces de la causa fundaron sus decisiones.

No puede dejar de señalarse que, a criterio de esta Corte, la solución a la que se arriba es, por un lado, la que mejor contribuye a la realización de los fines protectores y de justicia tenidos en mira por la organización internacional al dictar los instrumentos examinados y, por otro, la que brinda una respuesta apropiada a la singular situación del recurrente en esta causa, signada por una inusitada postergación del cobro de su crédito por circunstancias que le resultaron ajenas. Al respecto, es necesario poner de relieve que el origen de la acreencia que motivó el reclamo ha sido un accidente de trabajo ocurrido en el año 1991 cuyo resarcimiento, demandado judicialmente con apoyo en las normas del derecho común, fue ordenado mediante sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que quedó firme en 1998 (confr. 2/13 del expediente principal).

En razón de todo lo dicho corresponde descalificar el fallo recurrido pues ha sido demostrada la relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se reputaron vulneradas (art. 15 de la ley 48).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad, con una única salvedad, que no altera la solución a que se arriba.

En efecto la Recomendación n° 180 de la Conferencia General de la OIT, adoptada por aquélla el mismo día que el Convenio n° 173, no tiene el mismo rango que este último —que es el único ratificado por el art. 1° de la ley 24.285— pero ostenta, sin duda alguna, una decisiva importancia al momento de interpretar las normas del convenio, lo que justifica la postura adoptada en el citado dictamen.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con los alcances indicados en el citado dictamen. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS
LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA
I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA
CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se la desestima. Notifíquese, remítanse las actuaciones al tribunal de origen y archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO —
CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **José Silvio Díaz**, con el patrocinio del **Dr. José Luis Nacucchio**.

Traslado contestado por el **Síndico Claudio E. López**, con el patrocinio del **Dr. Nicolás Cermesoni**.

Recurso de hecho interpuesto por **José Silvio Díaz**, con el patrocinio del **Dr. José Luis Nacucchio**.

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

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

ABRIL

**BUFFONI, OSVALDO OMAR c/ CASTRO, RAMIRO MARTÍN y
OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**

CONTRATO DE SEGURO

La función social que debe cumplir el seguro -y el hecho de que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado- no implica que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman.

-La jueza Argibay, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario era inadmisible (art. 280 CPCCN)-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en lo pertinente, confirmó parcialmente la sentencia de la instancia anterior y declaró la inoponibilidad a los actores de lo dispuesto en la Cláusula 2 del Capítulo A del contrato de seguro de responsabilidad civil obligatorio, en cuanto limitó la obligación de la aseguradora a los daños corporales sufridos por terceras personas transportadas en el habitáculo destinado a tal fin en el vehículo asegurado y siempre que su número no exceda la capacidad indicada en las especificaciones de fábrica o admitida como máximo para el uso normal del rodado (fs. 605/629 y 912/924).

Cabe señalar que el tribunal, en la presente causa y en los autos acumulados —“Castro, Ramiro M. y otro c/ Magnífico, Claudio G. s/ daños y perjuicios” y “Vallaza, Sebastián c/ Castro Ramiro y otros s/ daños y perjuicios”—, tuvo por acreditada la responsabilidad del conductor del Fiat Fiorino en el que viajaban las víctimas, en el accidente ocurrido el día 20/08/2000 en el cual colisionó con otro rodado. En tal contexto, condenó al conductor, al propietario del automóvil y a La Perseverancia Seguros S.A., citada en garantía.

Para así decidir, los magistrados, si bien no desconocieron que al momento del accidente en la caja del rodado viajaban cinco personas, cuando la póliza en cuestión no preveía que la unidad asegurada fuese destinada al transporte de personas, como así tampoco la existencia y vigencia de la cláusula mencionada, resolvieron declararla inoponible a los terceros. En este sentido, el *a quo* consideró que el propósito de los seguros de responsabilidad civil obligatorios es la protección del patrimonio de quienes resulten damnificados y, en tal contexto, concluyó aplicable la ley 24.240 que tiene por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o que limiten la responsabilidad por daños, como el caso de autos —artículo 37, inciso a)—.

Al respecto, recordó que la ley 26.361 amplió el concepto de consumidor, extendiéndolo a quien sin ser parte en una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utiliza servicios como destinatario final y a quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo (artículo 1). A partir de tal preceptiva, concluyó el tribunal que resultaba inaplicable a los damnificados lo dispuesto por los artículos 1195 y 1199 del Código Civil, en orden al efecto relativo de los contratos.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, La Perseverancia Seguros S.A. interpuso recurso extraordinario, que fue desestimado (fs. 932/952 y 990), lo que dio lugar a la presente queja (fs. 932/352, 990 y 1409/1413). En síntesis, alega que la sentencia es arbitraria, pues para declarar inoponible e inválida la cláusula 2, del Capítulo A de las Condiciones Generales de la póliza 530110/8 contratada por el codemandado Claudio Magnífico, propietario del Fiat Fiorino, prescinde de la normativa aplicable y omite la consideración de las constancias de la causa.

En particular, argumenta que la póliza en cuestión, que cubría hasta un máximo de \$ 3.000.000, no puede asimilarse —como pretende la alzada—, sin más, a un seguro obligatorio que mantiene sólo una cobertura de \$ 90.000 por responsabilidad civil (cf. artículo 68, ley 24.449,

y resolución 34.225/09 que estableció el contenido de la póliza básica del seguro obligatorio, cláusula 3). Agrega que el tribunal no tuvo en cuenta que la propia normativa invocada por la Cámara prevé la exclusión de la cobertura, cuando se trata de daños sufridos por los terceros transportados en exceso de la capacidad del vehículo, o en lugares no aptos para tal fin (artículo 68, ley 24.449 y punto III, inciso c), de la cláusula 7 de la póliza básica del seguro obligatorio).

Arguye que la cláusula 2, del capítulo A de las Condiciones Generales de la póliza 53110/8 fue aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación y su efectividad se sujetó a la conducta de personas, mayores de edad, ajenas a la aseguradora. En este sentido, resalta que la camioneta Fiorino no estaba habilitada ni preparada para el transporte de personas, no obstante lo cual y en violación a normas de la ley nacional de tránsito —artículos 28, 30, 39, 40, 48, 72 y concordantes—, al momento del accidente había cinco pasajeros en su cajuela carente de asientos y de cinturones de seguridad, entre los cuales se encontraban las dos víctimas, una de ellas fatal.

Por otra parte, manifiesta que los damnificados eran terceros ajenos al contrato de seguro, y, en tal carácter, resultaban extraños a la relación de consumo habida entre el tomador y el asegurador. En tal contexto sostiene que, contrariamente a lo afirmado por la alzada, el acuerdo no puede tener diferentes o mejores efectos —derechos u obligaciones— que los que genera entre las partes (artículos 1195, 1199 y 3270, Código Civil).

- III -

El tribunal declaró procedente el recurso de queja y dispuso la suspensión de los procedimientos de ejecución conforme fuera solicitado por la parte recurrente, por entender que los argumentos invocados, vinculados con la oponibilidad de la cláusula de exclusión de cobertura del seguro pactado entre el asegurador y el asegurado, podrían, prima facie, involucrar cuestiones de orden federal, susceptibles de examen en la instancia del artículo 14 de la ley 48, sin que ello implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (fs. 1423).

- IV -

En primer término, cabe recordar que reiterada jurisprudencia de V.E. ha establecido que es condición de validez de los pronunciamientos judiciales que sean fundados y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas

de la causa (Fallos: 323:2468; 324:556; 325:2817; entre otros), exigencia que procura esencialmente la exclusión de decisiones irregulares que afecten el adecuado servicio de justicia.

En este sentido, corresponde señalar que no constituye un hecho controvertido que al momento del accidente, viajaban en la cajuela del automóvil, no habilitada para el transporte de personas, las dos víctimas, y que la póliza limitaba la obligación de la aseguradora a los daños corporales sufridos por terceras personas transportadas en el habitáculo destinado a tal fin en el vehículo asegurado y siempre que su número no exceda la capacidad indicada en las especificaciones de fábrica o admitida como máximo para el uso normal del rodado (cláusula 2 del capítulo A de las Condiciones Generales de la póliza 53110/8, fs. 40).

No obstante ello, los magistrados declararon inoponible a los terceros damnificados lo acordado entre el tomador y la aseguradora en la cláusula 2 citada, sin realizar ninguna consideración a lo dispuesto por el artículo 118 —tercera parte— de la ley 17.418, que específicamente establece que la sentencia de condena contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador “en la medida del seguro”. En este sentido, si bien el artículo 68 de la ley 24.449 impone la obligación de asegurar todo automotor, acoplado o semiacoplado, deja a salvo la estipulación de las condiciones del contrato a lo que fije la autoridad en materia aseguradora. En ese contexto, debieron valorarse, por un lado, las circunstancias fácticas que dieron lugar a la exclusión pactada —transporte de personas en un lugar no apto para tal fin— y, por otro lado, que la póliza fue aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Opino que el carácter de tercero damnificado ajeno a la relación contractual habida entre el tomador y la compañía aseguradora en los términos de la ley 24.240, no resulta fundamento suficiente para, en definitiva, anular el límite de la cobertura, ya que era menester a tal fin ponderar la conducta asumida por el tercero y la racionalidad de la cláusula en cuestión para delimitar el riesgo propio del contrato y determinar la prima.

Por lo demás, tampoco fue objeto de análisis en el pronunciamiento recurrido el límite cuantitativo de la cobertura acordada (\$ 3.000.000) y el que surge de la normativa aplicable al seguro obligatorio (resolución S.S.N. 21.999/92 vigente a ese momento, y resolución S.S.N. 34.225/09). Este aspecto que resultaba relevante y conducente si se tiene en cuenta que uno de los fundamentos expuestos para declarar la inoponibilidad de la cláusula limitativa del riesgo fue la naturaleza obligatoria del seguro, y debió ponderarse para, eventualmente, delimitar el alcance

de los efectos en cuanto al monto de la condena.

No es ocioso mencionar como pauta interpretativa que la resolución 34.225/09 de la Superintendencia de Seguros de la Nación que establece las condiciones de la cobertura mínima requerida por el artículo 68 de la ley 24.449, aun cuando no resulta aplicable al caso por la fecha de su entrada en vigencia (01/09/09, artículo 2° de la resolución), prevé que el asegurador no indemnizará los daños sufridos por los terceros transportados en exceso de la capacidad del vehículo, o en lugares no aptos para tal fin (cláusula 7, apartado III, inciso c), Anexo I “Póliza Básica del seguro obligatorio de responsabilidad civil”).

En esas condiciones, el apartamiento de la normativa citada y vigente sin fundamento idóneo y suficiente, descalifica la sentencia recurrida como acto jurisdiccional válido. Tampoco puede dejar de tenerse presente la decisión de V.E. en orden a que la franquicia —como límite cuantitativo de la cobertura— en el seguro de responsabilidad civil, resulta oponible al tercero damnificado —cfr. precedente de Fallos: 329:3054 y 334:988 (“Nieto”), reiterada en Fallos: 330:3483 (“Cuello”) y 331:379 (“Villarreal”)—.

- V -

En tales condiciones, y sin abrir juicio sobre la solución final que corresponda dar al caso, en mi opinión V.E. debe dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y remitir los autos al tribunal de origen, para que se dicte uno nuevo con arreglo a derecho. Buenos Aires, 11 de julio de 2013. *M. Alejandra Cordone Rosello.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por La Perseverancia Seguros S.A. en la causa Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que a raíz del accidente de tránsito ocurrido el 20 de agosto de 2000, a las 2.30 horas, en la avenida General Paz —mano hacia el Río

de la Plata— a la altura de la intersección con la avenida De los Constituyentes, entre el vehículo utilitario marca Fiat Fiorino y el automóvil Fiat Uno, falleció Maximiliano Ariel Buffoni y Sebastián Vallaza resultó herido. Ambos viajaban en la cajuela del primer rodado, junto con otros tres conocidos.

Los padres del fallecido y Vallaza demandaron a los conductores y propietarios de los automotores y a sus aseguradoras por resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos. A su vez, Ramiro Castro y Sara Conde Álvarez de Castro —chofer y titular del Fiat Uno— iniciaron demanda contra el conductor y dueño de la furgoneta.

La sentencia única de primera instancia desestimó las acciones iniciadas contra Castro y Conde Álvarez de Castro; rechazó las excepciones opuestas por el dueño del Fiat Fiorino y La Perseverancia Seguros S.A. y los condenó junto con el conductor, al que atribuyó la responsabilidad del hecho, a pagar las sumas establecidas.

2º) Que contra el pronunciamiento de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que redujo los montos de las indemnizaciones y confirmó la decisión de grado en cuanto había rechazado la defensa de falta de legitimación pasiva por ausencia de cobertura, opuesta por la mencionada aseguradora en los juicios iniciados por los padres de Buffoni y por Vallaza, ésta interpuso el recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presente queja, que fue declarada procedente por esta Corte con fecha 6 de marzo de 2012, oportunidad en la que se dispuso suspender el procedimiento de ejecución.

3º) Que el a quo sostuvo que los últimos fallos que se habían dictado en materia de seguros, así como la doctrina del plenario “Obarrio” y la modificación de la ley de Defensa del Consumidor por la ley 26.361, llevaban a considerar que en los supuestos de seguro obligatorio, como en el caso de los automotores, las cláusulas de exclusión de cobertura, en cuanto desnaturalizaban las obligaciones o limitaban la responsabilidad de la compañía de seguros, eran inoponibles a las víctimas porque la ley tutelaba un interés superior que consistía en la reparación de los daños ocasionados a los terceros. En consecuencia, entendió que resultaba inaplicable el concepto de efecto relativo de los contratos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil).

Por lo demás, señaló que la imprudencia de los damnificados, que al momento del accidente viajaban en un lugar no habilitado para el transporte de personas, no constituía la causa eficiente del hecho y sólo debía evaluarse en relación a la extensión del daño a resarcir.

4º) Que en su recurso extraordinario la aseguradora alega que el fallo es arbitrario ya que no debe responder más allá de las condiciones pactadas en la póliza que establece que “...*la responsabilidad [del asegurador] se extiende a cubrir los daños sufridos por terceras personas transportadas en el habitáculo destinado a tal fin en el vehículo asegurado, y siempre que su número no exceda la capacidad indicada en las especificaciones de fábrica o admitida como máximo para el uso normal del rodado*”.

Afirma que no puede asimilarse el seguro obligatorio al que hace referencia la alzada, que tampoco es ilimitado pues estipula un tope de cobertura por responsabilidad civil de \$ 90.000, más un monto equivalente al 30 % de la suma asegurada para responder por intereses y costas, con el seguro aquí contratado que ofrece una cobertura máxima de \$ 3.000.000.

Sostiene que la cámara ha omitido considerar la culpa de las víctimas, cuya conducta fue determinante en la producción de los daños, pues nada les hubiese ocurrido de haber viajado en el lugar correspondiente; y añade que la referencia a la función social del seguro constituye un abuso inadmisibles para darle al contrato un alcance y efectos ajenos a los tenidos en mira por los contratantes y por el órgano de control.

Critica la remisión al fallo plenario “Obarrio” y a otros precedentes del fuero, sin mencionar la opinión contraria de la Corte Suprema, que ha declarado oponible a los terceros damnificados la cláusula que establece una franquicia en los contratos de seguro del transporte público automotor.

Por último, afirma que los contratos son ley para las partes y los damnificados no pueden ignorar sus cláusulas desde que el derecho a ser pagados por la compañía de seguros del victimario se concretará en tanto la conducta de este último resulte involucrada en el riesgo absorbido por la entidad aseguradora.

5º) Que aun cuando lo atinente a la interpretación y aplicación de normas de derecho común relativas al seguro de responsabilidad civil configura materia ajena, en principio, a la vía excepcional del art. 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para su consideración por este Tribunal cuando el a quo ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia de conformidad con las normas aplicables y las circunstancias comprobadas de la causa (conf. Fallos: 324:3618; 325:329; 327:5082; 333:203, entre muchos otros).

6º) Que ha sido acreditado, en términos que no son susceptibles de revisión en la vía federal, que los damnificados Buffoni y Vallaza viajaban en la cajuela del vehículo de carga con tres amigos más; que el lugar no estaba habilitado para el transporte de personas; que se habían colocado “tablones de madera” a modo de asientos improvisados y no había cinturones de seguridad ni apoya-cabezas; que la póliza del seguro excluía específicamente la reparación de los daños ocasionados a los transportados en dichas condiciones, circunstancias que llevaron a la aseguradora a declinar la cobertura.

7º) Que la Ley Nacional de Tránsito impone la necesidad de contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil frente a terceros —transportados o no— por los eventuales daños que pudiera ocasionar el dueño o guardián del automóvil (art. 68 ley 24.449), y dispone también que su contratación debe realizarse de acuerdo con las condiciones que fije la Superintendencia de Seguros de la Nación, autoridad en materia aseguradora.

8º) Que los arts. 109 y 118 de la ley de Seguros 17.418 establecen que el asegurador se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado o del conductor por él autorizado *por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por el vehículo objeto del seguro, por cada acontecimiento ocurrido durante la vigencia del contrato, y “La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro”*.

9º) Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil)

y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa “Cuello” y Fallos: 330:3483).

10) Que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman.

11) Que, por lo demás, la oponibilidad de las cláusulas contractuales ha sido el criterio adoptado por el Tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor (Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379, y causas O.166. XLIII. “Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros” y G.327.XLIII. “Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro”, sentencias del 4 de marzo de 2008).

12) Que no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV “Martínez de Costa, María Esther c/ Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios”, fallada el 9 de diciembre de 2009).

13) Que, por lo demás, cabe mencionar como pauta interpretativa que la resolución 34.225/09 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que establece las condiciones de la cobertura mínima requerida por el art. 68 de la ley 24.449, aun cuando no resulta aplicable al caso por la fecha de su entrada en vigencia, prevé que el asegurador no indemnizará los daños sufridos por los terceros transportados en exceso de la capacidad del vehículo o en lugares no aptos para tal fin.

14) Que, en consecuencia, demostrados los presupuestos fácticos y la existencia de la cláusula de exclusión de cobertura, no hay razón legal para limitar los derechos de la aseguradora, por lo que corresponde revocar la decisión sobre el punto.

Por ello, habiendo dictaminado el Ministerio Público, con el alcance indicado, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso. 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. 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 el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado el Ministerio Público se desestima esta presentación directa. Notifíquese y archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho deducido por **La Perseverancia Seguros S.A.**, citada en garantía, representada por el **Dr. Gustavo Bonifacio**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 42.**

CASTIGLIONE, MARÍA MERCEDES c/ EN - Mº ECONOMÍA
- SF NOTA 2169/07 (EXPTE S01 131453/06) s/ PROCESO DE
CONOCIMIENTO

BONO DE CONSOLIDACION DE DEUDAS

El requisito de que las tenencias de la actora se encuentren registradas en la Caja de Valores S.A. antes de la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la resolución 73/02 a los fines del art. 47, inc. c, ap. I, de la ley 25.967 que exceptuó del diferimiento de pagos a los servicios financieros de los Bonos de Consolidación que estén en poder de causahabientes de personas que se encuentren en situación de desaparición forzada se encuentra cumplido, con independencia de que posteriormente a esta acreditación la accionante haya transferido gran parte de los bonos a una cuenta de su titularidad en el extranjero donde fijó su residencia, máxime si no se presenta el riesgo de que se hayan producido manejos fraudulentos en tanto la actora es tenedora original de los mismos.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 235/238, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala III), al revocar la sentencia de la instancia anterior, rechazó la demanda promovida por María Mercedes Castiglione a fin de obtener que se declarara la nulidad de la nota 2169/07 por la que la Dirección de Administración de la Deuda Pública de la Oficina Nacional de Crédito Público había rechazado su solicitud de ser incluida en la excepción al diferimiento de los pagos de los servicios de la deuda pública contemplada por el art. 47, inc. c), ap. I), de la ley 25.967.

Para así decidir, consideró aplicable al caso la doctrina sentada por el Tribunal en las causas “Gallí” (Fallos: 328:690) y “Paganini” (Fallos: 333:847), y señaló que la exigencia legal de que las tenencias de títulos públicos se encontraran acreditadas en la Caja de Valores S.A. implicaba que ellos estuvieran depositados en dicha entidad y no meramente asentados, como proponía la actora.

- II -

Contra ese pronunciamiento, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 242/261, que fue concedido a fs. 273 en tanto el pronunciamiento atacado interpretaba normas de carácter federal en sentido adverso al postulado por el recurrente.

Se agravia, sustancialmente, porque a su criterio la cámara se aparta injustificadamente del texto del art. 47 de la ley 25.967, el cual -según afirma- exige que los títulos públicos estén acreditados (es decir, asentados o registrados) en la Caja de Valores, lo que no implica que deban estar depositados en esa institución.

Agrega que ése es el sentido que el Tribunal le otorgó a la citada disposición legal en la causa “Paganini” (Fallos: 333:847).

Además, aduce que la sentencia deja de lado lo resuelto por V.E. en las causas “Maidana” y “Mamani”.

- III -

El recurso extraordinario deducido es formalmente admisible, toda vez que se discute la interpretación de normas federales (ley 25.967 y resolución 73/02 del Ministerio de Economía, entre otras) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48; Fallos: 328:690).

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 -

Ante todo, cabe señalar que no se encuentra controvertido que la actora es tenedora original de bonos de consolidación en dólares estadounidenses 2° serie; que ellos le fueron entregados en los términos de la ley 24.411, por medio de su acreditación en la Caja de Valores S.A. en junio de 2000, en virtud de encontrarse su esposo en situación de desaparición forzada; y que en julio del mismo año la actora transfirió gran parte de los bonos (VN 83.000) a una cuenta de su titularidad abierta en el BBVA del Reino de España, donde fijó su residencia, en el que aún continúan depositados.

Con relación a esa clase de tenencias, el art. 47 de la ley 25.967 previó lo siguiente: “*Exceptúanse del diferimiento de pagos establecido en el artículo precedente [se refiere al diferimiento de los pagos de los servicios de la deuda pública del gobierno nacional contraída originalmente con anterioridad al 31 de diciembre de 2001 o en virtud de normas dictadas antes de esa fecha, hasta que el Poder Ejecutivo nacional declare la finalización de su proceso de reestructuración], a las siguientes obligaciones:*

(...)

c) *Los servicios financieros de los Bonos de Consolidación:*

D) *Que estén en poder de los causahabientes de personas que se encuentren en situación de desaparición forzada, o de los juzgados en los que se tramita la causa judicial y cuyas tenencias se encuentren acreditadas en Caja de Valores S.A. a la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la Resolución N° 73 del 25 de abril de 2002 del ex Ministerio de Economía”.*

Esta disposición tiene como antecedentes las previsiones de los arts. 2° inc. b), de la citada resolución 73/02 -aunque en ésta no se fijaba la limitación de que las tenencias estuvieran acreditadas a la fecha de su publicación en la Caja de Valores S.A., 2°, inc. ‘c’, ap. D) de la resolución 158/03 del Ministerio de Economía y 60, inc. ‘c’, ap. I, de la ley 25.827.

En el presente caso se debe establecer si la exigencia de que las tenencias de los bonos de consolidación recibidos en los términos de la ley 24.411 estén acreditadas en la Caja de Valores al 30 de abril de 2002 (fecha en que se publicó en el Boletín Oficial la resolución 73/02 del Ministerio de Economía) para ser excluido del diferimiento de los pagos de los servicios de la deuda pública implica que los bonos debían encontrarse depositados en esa entidad a esa fecha, o si -como sostiene la recurrente- basta con que hubiesen sido allí registrados en algún momento antes de la publicación en el Boletín Oficial de la citada resolución ministerial.

Conviene señalar, en este punto, que según la ley 20.643 la Caja de Valores S.A. tiene por función recibir depósitos colectivos de títulos valores públicos o privados art. 31) y también -en forma conjunta con las entidades autorizadas a actuar como depositantes- llevar los registros necesarios a los efectos de que en todo momento puedan individualizarse los derechos de cada depositante y comitente, determinándose en forma fehaciente la situación jurídica de los títulos valores depositados, para lo cual debe registrar las transmisiones, constituciones

de prenda y retiro de títulos valores al recibir de los depositantes las órdenes respectivas en los formularios correspondientes (art. 38).

Sentado lo anterior, es pertinente traer a colación las consideraciones efectuadas por este Ministerio Público en la causa P474, L.XLIV, “Paganini”, dictamen del 5 de agosto de 2009, cuyos términos y conclusiones V.E. compartió en su sentencia del 8 de junio de 2010 (Fallos: 333:847).

Allí la cuestión giraba en torno a los títulos públicos de las personas físicas de setenta y cinco años o más de edad, cuyos servicios financieros -según lo previsto por el art. 60, inc. d), ap. I, de la ley 25.827- estarían exceptuados del diferimiento de los pagos de la deuda pública siempre que las tenencias estuvieran acreditadas en la Caja de Valores S.A. al 31 de diciembre de 2001 y se hubieran mantenido sin variación, o por la parte que cumpliera con esa condición.

En aquel dictamen, este Ministerio Público señaló que *“la diversidad de trato entre los tenedores de títulos que registraron sus acreencias antes del 31 de diciembre de 2001, momento a partir del cual se declaró el estado de cesación de pagos de la deuda pública, y aquellos que, como los actores, lo hicieron después de esa fecha -en el caso, casi tres años después- no se presenta como una discriminación que merezca reproche constitucional, sino como una razonable reglamentación de una diferente situación”, y agregó que “es plausible el motivo que esgrime el Estado Nacional para justificar la decisión estatal que ahora se controvierte (evitar la posibilidad de manejos fraudulentos de los títulos de la deuda pública) ... , para concluir en que “la previsión de que los títulos se encuentren registrados antes de una determinada fecha para que sus tenedores estén exceptuados del diferimiento, se presenta razonable y descarta cualquier afectación de la garantía constitucional” de igualdad de trato (énfasis agregado).*

Como puede apreciarse, en aquella oportunidad se entendió que la expresión “acreditadas en la Caja de Valores S.A. al 31 de diciembre de 2001” se refería a que los bonos estuvieran registrados en esa institución antes de la mencionada fecha, ello a fin de evitar operaciones fraudulentas con los títulos, como ser su compra -a precios ínfimos- en fecha posterior al default de la deuda pública por parte de personas que podrían luego invocar alguna de las excepciones al diferimiento de los pagos y obtener, así, una considerable ganancia.

Desde esa perspectiva, tengo para mí que el requisito de que las tenencias de la actora se encuentren registradas en la Caja de Valores

S.A. antes de la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la resolución 73/02 aparece cumplido en el caso, si se tiene en cuenta que dicha entidad recibió en depósito colectivo los bonos objeto de autos el 23 de junio de 2000, según surge de lo informado a fs. 162/176.

Por otra parte, en mi opinión el riesgo de que acontezcan indebidos beneficios con motivo de manejos fraudulentos de los títulos públicos no se presenta en el *sub lite* ya que la actora es titular de bonos de consolidación en dólares estadounidenses 2° serie, no por haberlos adquirido en el mercado con posterioridad a la cesación de pagos de la deuda pública, sino en su calidad de tenedora originaria por haberlos recibido del Estado Nacional en pago de la indemnización prevista por la ley 24.411 por ser causahabiente de una persona en situación de desaparición forzada; además, no ha sido desvirtuado en la causa que tales títulos públicos permanecieron en el patrimonio de la actora en forma ininterrumpida hasta la actualidad.

- V -

Considero, entonces, que el recurso extraordinario interpuesto por la actora es procedente, y que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios y devolver las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte una nueva con arreglo a lo expuesto. Buenos Aires, 22 de octubre de 2013.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2014.

Vistos los autos: “Castiglione, María Mercedes c/ EN - M° de Economía – SF Nota 2169/07 (Expte. S01 131.453/06) s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar la sentencia de la instancia anterior, rechazó la demanda promovida por María Mercedes Castiglione a fin de que se declarara la nulidad de la nota 2169/07 emitida

por la Dirección de Administración de la Deuda Pública, a través de la cual se le comunicó a la accionante que su situación no se encontraba incluida en el supuesto de excepción al diferimiento de pago previsto en el art. 47, inc. c, ap. I, de la ley 25.967.

Para así decidir, sostuvo que la exigencia legal de que las tenencias se encontraran acreditadas en la Caja de Valores S.A. implicaba que los títulos públicos estuvieran depositados en dicha entidad y no meramente asentados.

2º) Que contra tal sentencia, la actora interpuso recurso extraordinario (fs. 242/261 vta.), que fue concedido por el a quo en los términos de la resolución de fs. 273 y resulta formalmente admisible, pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de normas de carácter federal (ley 25.967 y resolución 73/02 del Ministerio de Economía, entre otras) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la recurrente funda en ellos (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

3º) Que el art. 47, inc. c, ap. I, de la ley 25.967 exceptuó del diferimiento de pagos a los servicios financieros de los Bonos de Consolidación que estén en poder de causahabientes de personas que se encuentren en situación de desaparición forzada, o de los juzgados en los que se tramita la causa judicial y cuyas tenencias se encuentren acreditadas en Caja de Valores S.A. a la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la resolución 73, del 25 de abril de 2002, del ex Ministerio de Economía.

4º) Que en las presentes actuaciones debe determinarse si la exigencia de que las tenencias de la actora estén acreditadas en la Caja de Valores S.A. al 30 de abril de 2002 (fecha en que se publicó en el Boletín Oficial la resolución 73/02 del ME) implica que los bonos debían encontrarse depositados en esa entidad a esa fecha, o si —como sostiene la recurrente— basta para ser excluido del diferimiento con que hubiesen sido allí registrados en algún momento antes de que se publicara en el Boletín Oficial la citada resolución.

Al respecto, cabe precisar que no se encuentra discutido en autos que la actora, en su carácter de beneficiaria de la ley 24.411, recibió los Bonos de Consolidación en Dólares Estadounidenses 2da. Serie (VN 86.947) por medio de su acreditación en la Caja de Valores S.A. el 25 de

junio de 2000 (fs. 31); y que el 3 de julio de ese mismo año la accionante transfirió gran parte de esos bonos (VN 83.000) a una cuenta de su titularidad abierta en el Banco Bilbao Vizcaya Argentina SA (BBVA) del Reino de España, donde fijó su residencia.

5º) Que en el precedente “Paganini” (Fallos: 333:847) se consideró que la expresión “acreditadas en la Caja de Valores S.A. al 31 de diciembre de 2001” se refería a que los bonos estuvieran registrados en aquella institución antes de la mencionada fecha (conf. punto IV del dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que este Tribunal se remitió); ello a fin de evitar operaciones fraudulentas con los títulos, como ser su compra —a precios ínfimos— en fecha posterior al default de la deuda pública por parte de personas que podrían luego invocar alguna de las excepciones al diferimiento de los pagos y obtener así, una considerable ganancia. Cabe señalar que en el citado precedente los actores alegaban encontrarse exceptuados del diferimiento por ser mayores de setenta y cinco años de edad (supuesto previsto en el art. 47, inc. d, ap. I, de la ley 25.967).

6º) Que, en tales condiciones, cabe concluir —tal como acertadamente lo asevera la señora Procuradora Fiscal Laura Monti en el dictamen obrante a fs. 279/282— que el requisito de que las tenencias de la actora se encuentren registradas en la Caja de Valores S.A. antes de la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la resolución 73/02 aparece cumplido en el caso, si se tiene en cuenta que dicha entidad recibió en depósito colectivo los bonos objeto de autos el 23 de junio de 2000, según surge de lo informado a fs. 162/176.

Ello es así, máxime, al no presentarse en el caso sub examine el riesgo de que se hayan producido manejos fraudulentos de los títulos públicos, ya que la actora es tenedora original de los bonos de consolidación sobre los que versan estos autos en razón de haberlos recibido del Estado Nacional en pago de la indemnización prevista por la ley 24.411 por ser causahabiente de una persona en situación de desaparición forzada, y no por haberlos adquirido en el mercado con posterioridad a la cesación de pagos de la deuda pública. Además, no se ha desvirtuado en la causa que tales títulos públicos permanecieron en el patrimonio de la recurrente en forma ininterrumpida hasta la actualidad.

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 en cuanto fue materia de agravios. Costas por su orden en razón de la complejidad de la cuestión debatida. Notifíquese y remítanse los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **María Mercedes Castiglione**, representada por el **Dr. Martín Ovejero Cornejo**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional**, representado por la **Dra. María Alejandra Jornet**.

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

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

DGI (AUTOS LAVEZZARI JOSE LUIS-TF 21491-D) c/ DGI

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

Corresponde confirmar la sentencia que revocó la determinación de oficio de la responsabilidad solidaria de un contador en los términos del art. 8°, inc. e, de la ley 11.683 ya que para fundar la misma -además de haber determinado el impuesto al deudor principal- el organismo recaudador debe demostrar que respecto de éste tuvo lugar una “evasión del tributo” y que el tercero, por su culpa o dolo, la haya facilitado y dichos presupuestos no se verificaron en el caso.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Tras declarar la presente causa como de puro derecho (ver fs. 134), la Sala B del Tribunal Fiscal de la Nación revocó la resolución 82/03 del Jefe de la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional Mercedes de la AFIP, por medio de la cual se había extendido la responsabilidad solidaria a José Luis Lavezzari, en los términos del art. 8°, inc. e), de la ley 11.683 (t.o. en 1998), respecto de la deuda oportunamente determinada a Guillermo Fernando Posadas, en su carácter de contribuyente, por el IVA de los períodos fiscales 12/96 a 12/97 (ver sentencia obrante a fs. 140/145).

Para así resolver, tras rechazar el pedido de nulidad de la determinación de oficio practicada -fundado tanto en la inconstitucionalidad del decreto 618/97 como en la forma en que habrían sido obtenidas las pruebas en su contra-, destacó que la AFIP había determinado la deuda del Sr. Posadas -para quien el actor había prestado servicios como contador público- mas no se había evaluado su comportamiento desde el punto de vista infraccional. Indicó que se había realizado la correspondiente denuncia penal, en los términos de la ley 24.769, originándose una causa, que tramitó ante el juzgado Federal n° 2 de San Nicolás y recalcó que en ella no hubo condena alguna para los mencionados responsables. Señaló también que la evaluación de la conducta por parte de la Administración fue oportunamente suspendida, a tenor de lo dispuesto por el art. 20 de la citada ley penal.

En tales condiciones, consideró que no podía fundarse la responsabilidad solidaria del actor en el hecho de haber facilitado una evasión que no había sido conceptuada como tal, en los términos del citado inc. e) del art. 8°.

Destacó, a mayor abundamiento, que las imputaciones formuladas a Lavezzari, sumadas a la circunstancia de considerar a Posadas como un “hombre de paja”, importaban tener al actor como un verdadero contribuyente oculto, lo que resultaba contradictorio con la postura asumida por el Fisco al pretender imputarle una responsabilidad solidaria con aquél.

-II-

A su turno, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó lo resuelto por la instancia anterior (ver sentencia de fs. 240/249 vta.).

En síntesis, sostuvo que la causal de responsabilidad empleada es de carácter represivo y condicional puesto que nace a raíz de la violación de un deber impuesto al tercero, y que al no haberse juzgado la conducta infraccional del contribuyente -el señor Posadas-, mal puede fundarse la responsabilidad solidaria de otro sujeto en el inc. e) del art. 8° de la ley de rito fiscal, en tanto este precepto exige la existencia de una maniobra de evasión en la cual éste haya participado, facilitándola con su accionar.

Además, enfatizó que la AFIP, al cuestionar la conducta del actor, endilgándole haber sido el organizador de distintas maniobras ardidosas tendientes al ocultamiento de operaciones de compraventa de cereales a través de la interposición de contribuyentes formales -en el caso, personas físicas insolventes-, le está asignando, indirectamente, el carácter de un auténtico contribuyente que pretende mantenerse oculto ante el Fisco con dicho proceder, lo que resulta contradictorio con la imputación formulada de responsabilidad en facilitar el accionar de otro.

-III-

Disconforme con lo resuelto, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario que obra a fs. 253/264.

Centra sus agravios en sostener que se ha interpretado indebidamente el alcance del inc. e) del art. 8° de la ley de procedimiento fiscal, desentendiéndose de su cabal sentido.

Tras señalar que la carga tributaria puede recaer sobre terceros a título de responsables, cuando así la ley lo determina, insistió en que Lavezzari, en su carácter de contador, participó directa y personalmente en la evasión de tributos en que incurrió el deudor principal, toda vez que favoreció materialmente esa acción a través de un auxilio indispensable. Agregó que están acreditados los requisitos subjetivos para atribuirle la responsabilidad de que se trata.

-IV-

En mi opinión el presente recurso es improcedente, toda vez que si bien se ha cuestionado la interpretación y alcances de una norma fe-

deral (art. 8º, inc. e, de la ley 11.683) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha resultado contraria a lo pretendido por la parte apelante (art. 14 de la ley 48), en mi parecer ésta no se ha hecho cargo debidamente de los fundamentos expuesto por aquél (reiteración de los datos ya en la etapa ante el Tribunal Fiscal de la Nación), ni ha logrado demostrar, por ende, que las aserciones del tribunal apelado resulten carentes de fundamento (art. Fallos 314:481; 319:123, 1975, entre otros), máxime cuando es doctrina reiterada de V.E. que a los fines de la adecuada fundamentación exigida por el art. 15 de la ley 48, no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia, sino que es preciso, además, formular una crítica razonada y concreta de los argumentos expuesto (Fallos 306:1401; y A.182, L. XLVII, “Asociación de los testigos de Jehová (TF 25.990-A) c/ DGA”, sentencia del 27 de diciembre de 2011, entre otras).

Así lo pienso, dado que la AFIP se limita a insistir, exclusivamente y de forma repetitiva y dogmática, en que Lavezzari ha participado activamente en una serie de maniobras tendientes a ocultar la actividad comercial realizada –compraventa de cereales- de manera que el Fisco no pueda reclamar las acreencias tributarias que hubieran nacido, pero omite hacerse cargo, como es debido, del argumento que sostiene la sentencia recurrida en cuanto a los requisitos en que se fundamenta la responsabilidad endilgada.

El art. 8º, inc. e), de la ley 11.683 hace responsables a los terceros que, aun cuando no tuvieran deberes tributarios a su cargo, facilitaran por su culpa o dolo la “evasión del tributo. Y, tal como señalaron las instancias jurisdiccionales anteriores –sin que ello haya sido debidamente cuestionado por parte del Fisco- no consta en autos que haya habido calificación alguna de la conducta del contribuyente –el tantas veces mencionado señor Posadas- como “evasión” del tributo –ya sea con fundamento en los preceptos pertinentes de la ley 11.683, o bien sea en los de la ley 24.769- por la deuda del cual deba responder el aquí actor.

En tales condiciones, como del texto del recurso de la apelante no se desprende alusión alguna a los mencionados fundamentos de la cámara, se está ante una omisión que, según lo juzgo, resulta letal para mantener su postura.

-V-

Por lo expuesto, opino que el recurso extraordinario debe ser desestimado. Buenos Aires, 10 de junio de 2013. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2014.

Vistos los autos: “DGI (Autos Lavezzari José Luis – TF 21491 – D c/ DGI”.

Considerando:

1º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación, por mayoría, revocó la resolución 82/03 de la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional Mercedes de la AFIP, por medio de la cual se determinó de oficio la responsabilidad solidaria del contador José Luis Lavezzari, en los términos del art. 8º, inc. e, de la ley 11.683, respecto de la deuda oportunamente determinada a Guillermo Fernando Posadas, en su carácter de contribuyente, por el IVA correspondiente a los períodos fiscales diciembre de 1996 a diciembre de 1997.

2º) Que para así decidir, el mencionado tribunal, en lo que aquí interesa, destacó que la AFIP había determinado la deuda del Sr. Posadas —para quien el actor había prestado servicios como contador público— pero no había evaluado su comportamiento desde el punto de vista infraccional. Indicó, en ese sentido, que se había realizado la correspondiente denuncia penal, en los términos de la ley 24.769, originándose una causa que tramitó ante el Juzgado Federal n° 2 de San Nicolás en la cual no hubo condena alguna para los mencionados responsables. Puntualizó que la evaluación de la conducta por parte del ente recaudador fue oportunamente suspendida, a tenor de lo dispuesto por el art. 20 de la citada ley penal.

En tales condiciones, concluyó que no podía fundarse la responsabilidad solidaria del actor en el hecho de haber facilitado una evasión que no había sido tenida como tal, en los términos del art. 8º, inc. e, de la ley 11.683.

Sin perjuicio de ello, afirmó que la postura del organismo recaudador, al endilgar al actor una responsabilidad solidaria, se encontraba en pugna con las imputaciones a él formuladas y con el hecho de considerar al Sr. Posadas como un “hombre de paja”, en tanto importaban tener al Sr. Lavezzari como un verdadero contribuyente oculto.

3º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó lo resuelto por el Tribunal Fiscal.

Para pronunciarse en el sentido indicado, señaló que la causal de responsabilidad en que se funda la determinación efectuada por el organismo recaudador es de carácter represivo y condicional pues nace a raíz de la violación de un deber impuesto al tercero, por lo que, al no haberse juzgado la conducta infraccional del contribuyente —el señor Posadas—, mal puede sustentarse la responsabilidad solidaria de otro en el inc. e, del art. 8º de la ley 11.683, en tanto la supuesta evasión no tiene respaldo en ninguna resolución administrativa ni judicial. Señaló al respecto que por el período diciembre de 1996 no surgía de la decisión administrativa los detalles de la sanción que se habría aplicado al deudor principal, en tanto que por los restantes períodos se dispuso la suspensión prevista en la ley 24.769.

Agregó que la AFIP, al cuestionar la conducta del actor, endilgándole haber sido el organizador de distintas maniobras ardidosas tendientes al ocultamiento de operaciones de compraventa de cereales a través de la interposición de contribuyentes formales —en el caso, personas físicas insolventes—, le estaba asignando, indirectamente, el carácter de un auténtico contribuyente que pretendía mantenerse oculto ante el Fisco con dicho proceder, lo que resultaba contradictorio con la imputación formulada de responsabilidad en facilitar el accionar de otro.

4º) Que contra lo así decidido, el Fisco Nacional interpuso recurso extraordinario (fs. 253/264), que fue concedido por el a quo a fs. 277.

El recurrente sostiene que la sentencia interpretó indebidamente el alcance del inc. e, del art. 8º de la ley 11.683, desentendiéndose de su cabal sentido. Afirma que el actor, en su carácter de contador público, participó directa y personalmente en la evasión de tributos en que incurrió el deudor principal, toda vez que favoreció materialmente esa acción a través de un auxilio indispensable. Por lo tanto, aduce que se encuentran acreditados los requisitos subjetivos para atribuirle la responsabilidad solidaria. Con tal comprensión, afirma que el a quo “exigió un requisito que la ley no contempla, al señalar que debe ser juzgada la conducta del deudor principal para poder aplicar la solidaridad de los terceros, en los términos del art. 8º, inc. e, de la ley ritual” (fs. 260 vta.).

5º) Que el recurso deducido es formalmente admisible, en tanto se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de una norma de carácter federal (art. 8º, inc. e, de la ley 11.683) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el recurrente sustenta en ella (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

6º) Que el citado art. 8º de la ley 11.683 establece la responsabilidad solidaria “con los deudores del tributo” de una serie de sujetos, en los supuestos contemplados en sus diversos incisos. En lo que tiene relevancia para la decisión del caso de autos, el inciso e de ese artículo hace responsables a “los terceros que, aún cuando no tuvieran deberes tributarios a su cargo, faciliten por su culpa o dolo la evasión del tributo”.

7º) Que en el sub examine, la determinación tributaria apelada, se funda en el citado inciso e. Resulta indudable entonces que la responsabilidad atribuida a Lavezzari es por deuda ajena. El contribuyente —y respecto de quien se verifica el hecho imponible— es Guillermo Fernando Posadas. Al ser ello así, para fundar esa responsabilidad —además de haber determinado el impuesto al deudor principal— el organismo recaudador debe demostrar que respecto de éste tuvo lugar una “evasión del tributo” y que el tercero —en este caso Lavezzari—, por su culpa o dolo, la haya facilitado.

8º) Que para satisfacer ese recaudo, resulta insoslayable la existencia de una resolución sancionatoria que haya juzgado la conducta del responsable por deuda propia, y haya tenido por configurada una “evasión del tributo”. Además, la demostración de que el deudor principal incurrió en una infracción o un delito que pueda calificarse en esos términos es un presupuesto indispensable para que —sobre la base de la resolución o sentencia que así lo haya establecido— pueda juzgarse si el tercero —por su culpa o dolo— ha facilitado la maniobra evasiva.

9º) Que, en el caso de autos, en lo referente a los períodos correspondientes al año 2007 —enero a diciembre— al no haber sido juzgada la conducta infraccional del señor Posadas por estar pendiente la causa penal en los términos de la ley 24.769 (art. 20), resulta claro que no se verificó el indicado presupuesto exigible para que pueda atribuirse válidamente responsabilidad a un tercero en los términos del art. 8º, inc. e, de la ley 11.683.

10) Que al ser ello así, los agravios de la AFIP, en cuanto insiste en que Lavezzari ha participado activamente, en forma personal y directa, en una serie de maniobras tendientes a ocultar la actividad comercial realizada —compraventa de cereales— son ineficaces para alterar la decisión del pleito.

11) Que, finalmente, en lo atinente al tributo correspondiente al mes de diciembre de 1996 el recurso extraordinario resulta improcedente, por cuanto la representación fiscal no refuta el argumento sobre cuya base el a quo desestimó la posibilidad de aplicar la responsabilidad solidaria al aquí actor en ese período mensual, consistente en que de los actos administrativos por los cuales se determinó de oficio la responsabilidad solidaria al señor Lavezzari no surgen con claridad los detalles de la sanción que se habría aplicado al deudor principal en ese período, anterior a los comprendidos en la denuncia penal (conf. sentencia de cámara a fs. 240/249 vta., en especial considerando 4º, fs. 248/248 vta. y el recurso extraordinario glosado a fs. 253/264).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario con los alcances que surgen de lo expuesto y se confirma la sentencia apelada en cuanto pudo ser materia de dicho recurso. 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 extraordinario interpuesto por el Fisco Nacional (AFIP - DGI), representado por la Dra. Carmen Flavia La Valle, con el patrocinio letrado del Dr. Carlos Alejandro Muzzio.

Traslado contestado por José Luis Lavezzari, por derecho propio, con el patrocinio letrado del Dr. Ricardo Alberto Muller.

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

Intervino con anterioridad: Tribunal Fiscal de la Nación.

DEMARIÁ, JORGE LUIS Y OTROS S/ CAUSA N° 14358

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Cabe revocar la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal que, frente al recurso interpuesto por la defensa apelando el fallo que revocara su sobreseimiento, y sobre la base de la fecha de comisión de la defraudación denunciada -anterior a la vigencia de la ley 25.990- dispuso remitir las actuaciones al tribunal de origen para que, de no verificarse la comisión de otro delito, declare extinguida por prescripción la acción penal, toda vez que ni de la resolución apelada ni de los precedentes a los que remite surgen las razones jurídicas por las cuales el concepto “secuela del juicio” debería tener en cuenta únicamente a “la sentencia de condena” para -sobre esa base- concluir que debe reputarse como “exclusivo acto procesal interruptivo conforme al régimen de aplicación por imperativo constitucional y legal, y en resguardo al derecho a ser juzgado en un plazo razonable (arts. 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, 9° Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2° Código Penal)”.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Cabe revocar la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal que, frente al recurso interpuesto por la defensa apelando el fallo que revocara su sobreseimiento, y sobre la base de la fecha de comisión de la defraudación denunciada -anterior a la vigencia de la ley 25.990- dispuso remitir las actuaciones al tribunal de origen para que, de no verificarse la comisión de otro delito, declare extinguida por prescripción la acción penal, pues tal solución sólo conduce a desnaturalizar la armonía que presenta el instituto de la prescripción, privándolo de contenido y efecto en el marco legal y constitucional en el que está llamado a operar; excediendo además, el límite de interpretación posible.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Cabe descalificar por arbitrariedad la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal que, frente al recurso interpuesto por la defensa apelando el fallo que revocara su sobreseimiento, y sobre la base de la fecha de comisión de la defraudación denunciada -anterior a la vigencia de la ley 25.990- dispuso remitir las actuaciones al tribunal de

origen para que, de no verificarse la comisión de otro delito, declare extinguida por prescripción la acción penal, pues la interpretación a la que se sujetó la extinción de la acción penal genera una drástica reducción de la vigencia de la norma, alterando la armonía con que el legislador combinó el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Si bien las cuestiones en torno a la determinación de los actos procesales con naturaleza interruptiva de la acción penal, ya sea conforme la ley vigente o a la que regía al momento del hecho imputado -que data de 2001- conducen a la evaluación de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, cabe hacer excepción cuando como sucede en el caso, el alcance asignado por el tribunal apelado al artículo 67 del Código Penal (en su versión anterior a la entrada en vigencia de la ley 25.990) excede el límite de interpretación posible que la torna irrazonable en términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

El instituto de la prescripción en materia penal encuentra fundamento en el hecho social según el cual el transcurso del tiempo conlleva el “olvido y el desinterés del castigo” (Fallos: 292:103), y si bien consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal fundan las normas legislativas que determinan la prescripción extintiva de las acciones represivas, también son razones vinculadas al interés general las que llevan al legislador a determinar el efecto interruptivo de la comisión de un nuevo delito o de la secuela del juicio (Fallos: 307:1466).

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

A fin de interpretar el concepto de “secuela de juicio”, cabe sumar los términos de la ley 25.990, modificatoria del artículo 67 del Código Penal, párrafos 4 y 5, a la que la Corte consideró de manera explícita como más benigna (Fallos: 328:4274), pues sin eliminar la idea de la existencia de actos interruptores de la acción penal, consagra una enumeración taxativa de cuáles son los que asumen tal naturaleza, superándose así la im-

precisión que la anterior ley podría presentar, y asimismo no abandona el esfuerzo en mantener el equilibrio entre Nación y provincias, toda vez que además de realizar una enumeración de los actos con naturaleza interruptora de la prescripción, permite su asimilación a los institutos similares previstos en las normas locales.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Contra la resolución de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad que revocó el sobreseimiento dictado en la instancia anterior y procesó a Jorge Luis Demaría y Carlos Alberto Oris de Roa, la defensa de los nombrados dedujo recurso de casación, cuyo rechazo motivó la presentación de una queja.

Llegado el caso por esta vía a conocimiento de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, sus integrantes, en atención a la fecha de los hechos y por aplicación del criterio sentado por ese tribunal en un caso anterior (causa n° 12.932, caratulada “Arano, Miguel s/ recurso de casación”, sentencia del 30 de diciembre de 2011), decidieron remitir las actuaciones al tribunal de origen para que, de no verificarse la comisión de otro delito, declare extinguida por prescripción la acción penal.

Contra ese pronunciamiento el Fiscal General interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la articulación de esta queja.

-II-

El caso traído a conocimiento de V.E. es sustancialmente análogo al debatido en el expediente G. 651; XLVIII, “Guerra, Roque y otros s/ causa 13931”, en el que emití dictamen con fecha 7 de noviembre de 2012, a cuyos fundamentos y conclusiones me remito y doy aquí por reproducidos.

En esa ocasión se explicó por qué era arbitrario el criterio inaugurado por el *a quo*, a partir del precedente “Arano”, de privar retroactivamente de eficacia interruptiva a los actos que hasta entonces habían sido considerados secuela del juicio, para considerar tal sólo a la sentencia dictada por un tribunal luego del debate. Por

ello, a lo allí expuesto sólo me queda añadir las consideraciones que seguidamente efectuaré en pos de fundar la procedencia formal de la vía recursiva ahora intentada.

Me refiero a que en aquel caso el *a quo*, con fundamento en el precedente “Arano” mencionado, había rechazado el recurso de casación de este ministerio fiscal contra la decisión de un tribunal de juicio que había declarado la extinción de la acción penal y había sobreseído a los imputados. Aquí, en cambio, con base en esa inteligencia sólo resolvió con pretensión de cosa juzgada formal la cuestión de derecho referida al alcance de la expresión “secuela del juicio”, y encomendó en lo demás al tribunal de origen para que, en aplicación de ese criterio, declare la extinción de la acción si comprueba que la prescripción no fue interrumpida por la comisión de otro delito.

Precisamente en este desdoblamiento de la sentencia fundó el *a quo* el carácter no definitivo de lo resuelto y el rechazo de la apelación extraordinaria. Sin embargo, si bien es cierto que la decisión atacada no es definitiva en sentido estricto, pues no pone fin al proceso, pienso que en el caso concurren razones que justifican su equiparación a tal o, al menos, que V.E. prescinda de ese óbice formal en aras de asegurar una correcta administración de justicia.

En este sentido, no puede perderse de vista que se trata, en éste, como en los otros tantos casos que acompañan al presente, de procesos que han venido tramitando regularmente, con arreglo a la inteligencia acordada por todos los actores del sistema de administración de justicia a las normas vigentes como resultado de una extendida práctica jurisprudencial, y que han visto ahora desbaratada su marcha y paralizado su avance, en razón de una interpretación arbitraria. Pienso además que la intervención del Tribunal que en su queja intenta el recurrente, deviene necesaria a fin de evitar un daño de otro modo insanable, en términos de tiempo irremediabilmente perdido y agotamiento de un plazo razonable que toma en cuenta las dilaciones imputables a los órganos estatales, perjudicando en definitiva tanto el interés general en la investigación y castigo de los delitos, como el derecho de los involucrados a obtener una respuesta de la justicia. Debe recordarse que la investigación, que había dado lugar ya al dictado de un auto de procesamiento, se halla detenida desde el 13 de julio de 2012, por causa de la sentencia del *a quo* que aquí se cuestiona.

Por otra parte, también aprecio que la cuestión que se halla en debate trasciende del marco de la causa para proyectarse sobre la buena marcha de la administración de justicia pues, por tratarse de

un criterio referible a todo caso iniciado con anterioridad a 2005 (“sólo la sentencia es secuela del juicio”), pone en crisis toda la actividad desarrollada por sus órganos hasta esa fecha en función de la ley 13.569, y conduce a una paralización masiva de procesos y, en los hechos, a una declaración general de prescripción en un sinnúmero de ellos, en perjuicio, como se ha dicho, en definitiva, el interés general en la aplicación de la ley penal y el derecho a la jurisdicción. Está en juego así la confianza en la administración de justicia, en la regularidad y estabilidad de los procedimientos y, en fin, la seguridad jurídica en el acceso a la justicia.

Estas consideraciones en las que se ha sustentado la procedencia de la instancia extraordinaria no son novedosas, sino que cuentan con antecedentes de larga data en la jurisprudencia de la Corte, que ha equiparado a definitiva decisiones que implicaban —como en el *sub lite*— violaciones flagrantes del debido proceso, cuya salvaguarda exige asegurar una inobjetable administración de justicia (cf. Fallos: 310:1924; 321:1385 y 3679), y también ha superado los óbices formales cuando ha juzgado que la gravedad institucional que reviste el caso justifica la inmediata intervención del Tribunal en aras de la pronta obtención de una resolución que ponga fin a la discusión suscitada (Fallos: 307:770; 312:1010; 314:1714; 314:1761; 316:766 y 919, entre muchos otros).

- III -

En consecuencia, a mérito de lo expuesto, mantengo la queja interpuesta. Buenos Aires, 8 de abril de 2013. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Demaría, Jorge Luis y otros s/ causa 14.358”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad revocó el sobreseimiento dicta-

do en la instancia anterior y procesó a Jorge Luis Demaría y Carlos Alberto Oris de Roa, razón por la cual la defensa dedujo recurso de casación, cuyo rechazo motivó la presentación directa ante el a quo.

2°) Que los jueces de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, sobre la base de la fecha de comisión de la defraudación denunciada —anterior a la vigencia de la ley 25.990— resolvieron remitir las actuaciones al tribunal de origen para que, de no verificarse la comisión de otro delito, declare extinguida por prescripción la acción penal.

Para decidir en tal sentido, hicieron mérito del precedente de esa sala en la causa 12.932, caratulada “Arano, Miguel s/ recurso de casación” en tanto consideró a la condena —que no había sido dictada en el caso— como el exclusivo acto procesal interruptivo del curso de la acción, interpretando así el concepto “secuela del juicio” en el entendimiento de que se hallaba en sintonía con el régimen normativo de aplicación constitucional y legal, en resguardo del derecho a ser juzgado en un plazo razonable de los artículos 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, 9° Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2° Código Penal.

En efecto, sostuvieron que entre las dos leyes de prescripción que atravesaron el proceso, la anterior redacción del artículo 67 del Código Penal era la más benigna pues la “secuela del juicio” era la sentencia de primera instancia y por estricta aplicación del principio *pro homine* —estar siempre a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos— era más beneficiosa “en orden a que no puede interrumpirse el curso de la prescripción por actos del procedimiento”, toda vez que no podía hablarse de “juicio” durante “la etapa instructoria”.

Reafirmaron que estos argumentos se complementaban con el derecho fundamental a ser juzgado sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable (artículos 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

3°) Que contra esa decisión, el Fiscal General ante la Cámara articuló recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencias, al considerar que el precedente de mención privaba retroactivamente de eficacia interruptiva a otros actos procesales que hasta entonces —el momento de la sanción de la ley 25.990— se consideraban secuela del juicio.

Agregó en tal sentido que el fallo apelado proponía que el artículo 67 del Código Penal en su anterior redacción, era más benigno y resultaba aplicable ultraactivamente, pero soslayaba que la facultad de interpretar y aplicar el derecho por parte de los jueces estaba sujeta a límites, y los mismos en este caso habían sido superados, proponiendo una exégesis irrazonable de la norma, que la desvirtuaba y conducía a un apartamiento inequívoco de la finalidad perseguida mediante su sanción, tornándola arbitraria.

Concluyó en orden a ese tópico que era improcedente hacer una interpretación jurisprudencial más benigna para aplicarla al caso concreto, puesto que nuestro ordenamiento jurídico sólo permitía la aplicación —ultraactiva o retroactiva— de una ley más benigna y no de la jurisprudencia que la contemplaba y que además resultaba contrario al criterio de otras salas que otorgan carácter de secuela del juicio a determinados actos procesales en causas iniciadas con anterioridad a la reforma de la ley 25.990. Mencionó a modo de ejemplo el primer llamado a indagatoria, el requerimiento de elevación a juicio, el decreto que lo dispone y la citación a juicio —otorgándole a este vocablo la acepción de proceso o causa en toda su extensión—.

Acotó que la acción siempre tuvo plena vigencia, sea por la ley 23.077 o bien por la posterior que la interpreta —25.990—. Así, en el presente expediente, el Fiscal del caso concretó el requerimiento de elevación a juicio el 21 de junio de 2011 y el tribunal citó a juicio el 1° de marzo de 2012, por lo que no habían operado los seis años determinados por el máximo de la escala penal aplicable para contar dicho término.

Finalmente expuso que tampoco se verificaba la afectación a la garantía del plazo razonable en tanto los actos procesales no registraban excesiva demora o dilación.

4°) Que el tribunal a quo declaró inadmisibile la vía extraordinaria intentada por dirigirse la apelación contra una sentencia incompleta y no respecto de una definitiva, decisión que fue recurrida en queja por ante este Tribunal.

5°) Que el Fiscal de la instancia dedujo recurso de queja que fue sostenido en todos sus términos por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte Suprema de Justicia de la Nación, ocasión en la que agregó

que la cuestión en debate trasciende del marco de la causa para proyectarse sobre la buena marcha de la administración de justicia pues al considerar sólo a la sentencia como secuela del juicio en un caso anterior a 2005, pone en crisis toda la actividad desarrollada por sus órganos hasta esa fecha y conduce a una “paralización masiva de los procesos”, a la vez que en los hechos, a una “declaración general de la prescripción” en un sinnúmero de causas, en perjuicio del interés general en la aplicación de la ley penal y el derecho a la jurisdicción.

6°) Que el fallo apelado, desde lo formal, reenvía el expediente a la instancia de mérito para que cumpla con los trámites previos a la declaración de extinción de la acción penal por prescripción; sin embargo, el tenor de su contenido, en tanto decide que ha operado el plazo fatal para que el citado instituto sea operativo, pone fin a la discusión en debate y causa un agravio que sería de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior (Fallos: 272:188; 296:691; 306:1705; 316: 2063 entre muchos otros).

7°) Que, por lo demás, la cuestión en debate excede el interés individual de las partes y se proyecta a numerosas causas que, iniciadas con anterioridad al 2005, se encontrarían próximas a sucumbir por extinción de la acción y los trastornos de tales implicancias en el marco de la administración de justicia penal, producirían un serio déficit en la regularidad y estabilidad en los procedimientos y en la seguridad jurídica en el acceso a tal sistema, a punto tal de generar una afectación al funcionamiento de todo un fuero (Fallos: 156:283; 317:462 y 335:2379).

8°) Que tal estado de situación justifica la inmediata intervención del Tribunal en aras de la pronta obtención de una resolución que ponga fin a la cuestión planteada.

9°) Que si bien las cuestiones en torno a la determinación de los actos procesales con naturaleza interruptiva de la acción penal, ya sea conforme la ley vigente o a la que regía al momento del hecho imputado —que data de 2001— conducen a la evaluación de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, cabe hacer excepción cuando como sucede en el sub lite, el alcance asignado por el tribunal apelado al artículo 67 del Código Penal (en su versión anterior a la entrada en vigencia de la ley 25.990) excede el límite de interpretación posible que la torna irrazonable en términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

10) Que ello es así toda vez que ni de la resolución apelada ni de los precedentes a los que remite surgen las razones jurídicas por las cuales el concepto “secuela del juicio” debería tener en cuenta únicamente a “la sentencia de condena” para —sobre esa base— concluir que debe reputarse como “exclusivo acto procesal interruptivo conforme al régimen de aplicación por imperativo constitucional y legal, y en resguardo al derecho a ser juzgado en un plazo razonable (arts. 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, 9° Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2° Código Penal)”.

11) Que, de contrario, dicha interpretación de la norma aparece en franca oposición a los antecedentes doctrinarios y legislativos que dieron sustento al sistema en el que está inserta, sin que tampoco desde una perspectiva constitucional, legal o jurisprudencial se advierta que el concepto “secuela del juicio” reconozca el carácter restrictivo que se propugna.

En efecto, con excepción del período que se inició con la entrada en vigencia del Código Penal de 1921 y hasta que se dictó la ley 13.569 que empezó a regir el 24 de noviembre de 1949, el legislador argentino siempre seleccionó, dentro de los sistemas reconocidos en el derecho comparado para regular los actos interruptivos de la acción penal, el concepto vinculado a “cualquier acto del procedimiento penal”, cercano también a quienes aceptaban como interruptivos sólo a aquellos que implicaran el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

12) Que más allá de las críticas que la fórmula secuela del juicio haya sufrido o pueda merecer, tal circunstancia no autoriza a privarla de significación y efecto en el marco jurídico llamada a operar so riesgo de incurrir en su desnaturalización, toda vez que lo cierto es que el legislador recogió vocablos empleados por la práctica forense que hacen referencia al trámite del juicio en su desenvolvimiento o sustanciación.

Ninguna interpretación puede obviar que tras la noción de secuela del juicio se esconde la intención del legislador de mantener un delicado equilibrio entre un código destinado a aplicarse en toda la República y la potestad no delegada por las provincias de dictar sus propias leyes rituales, de las cuales pueden surgir distintas acepciones de acto de procedimiento, cuyas significaciones quedan todas incluidas en el ya mencionado genérico concepto de secuela del juicio.

13) Que además este Tribunal ha señalado que el instituto de la prescripción en materia penal encuentra fundamento en el hecho social según el cual el transcurso del tiempo conlleva el “olvido y el desinterés del castigo” (Fallos: 292:103) y que si bien consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal fundan las normas legislativas que determinan la prescripción extintiva de las acciones represivas, también son razones vinculadas al interés general las que llevan al legislador a determinar el efecto interruptivo de la comisión de un nuevo delito o de la secuela del juicio (Fallos: 307:1466).

Inclusive en el caso de Fallos: 327:4633 esta Corte consideró como interruptiva de la prescripción de la acción penal el dictado del fallo de Cámara que había revisado la resolución de primera instancia, circunstancia que obviamente reconoció a esa sentencia carácter interruptor del curso de la acción.

14) Que lo anteriormente expuesto otorga el marco interpretativo del concepto “secuela del juicio”, a lo que deben sumársele los términos de la reciente ley 25.990, modificatoria del artículo 67 del Código Penal, párrafos 4 y 5, —a la que esta Corte consideró de manera explícita como más benigna (Fallos: 328:4274)— que pone en evidencia el límite en el desarrollo de la temática aquí abordada, en tanto —sin eliminar la idea de la existencia de actos interruptores de la acción penal— consagra una enumeración taxativa de cuáles son los que asumen tal naturaleza, superándose así la imprecisión que la anterior ley podría presentar.

Resulta importante destacar que la nueva legislación no abandona el esfuerzo en mantener el equilibrio entre Nación y provincias —desde un código que debe regir en toda la República— toda vez que además de realizar una enumeración de los actos con naturaleza interruptora de la prescripción, permite su asimilación a los institutos similares previstos en las normas locales.

Ciertamente, la solución a la que llega el a quo, sólo conduce a desnaturalizar la armonía que presenta el instituto de la prescripción, privándolo de contenido y efecto en el marco legal y constitucional en el que está llamado a operar; excediendo además, al resolver como lo hizo, el límite de interpretación posible.

Es que si bien los antecedentes parlamentarios y de doctrina de la norma daban debida cuenta de la problemática sobre el alcance

generado por el concepto, y aún cuando reconocían posiciones más o menos restringidas, su factura nunca tuvo en cuenta la solución asaz limitada propiciada, sino que la intención fue darle al instituto de la interrupción de la prescripción de la acción penal, la expresión de máxima taxatividad y legalidad al enunciar cada uno de aquellos actos del procedimiento que poseen aptitud para hacer cesar su libre curso.

15) Que desde otra parte y partiendo de la base —como se ha dicho— de una irracional interpretación del concepto secuela del juicio, no puede luego sostenerse so pena de incurrir en idéntico vicio, su aplicación al caso concreto conforme con los postulados del principio *pro hómine* consagrado por el derecho internacional toda vez que su gravitación en el caso deviene irrelevante, pues no tiene correlato en un razonamiento lógico que lo sustente.

16) Que en tales condiciones, cabe descalificar por arbitrariedad el auto apelado pues la interpretación a la que se sujetó la extinción de la acción penal genera una drástica reducción de la vigencia de la norma, alterando la armonía con que el legislador combinó el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (Fallos: 320:1717, considerando 9º).

17) Que, desde otra perspectiva, el fallo tampoco resulta una derivación razonada del derecho vigente conforme a las constancias de la causa, en lo que concierne a la extinción de la acción a partir de la conculcación de la garantía convencional del plazo razonable, pues omite toda consideración sobre los estándares objetivos y subjetivos que delimitan el alcance y aplicación de esa garantía.

Por las razones expuestas y oído el señor Procurador Fiscal el Tribunal resuelve: Hacer lugar a la queja, conceder el recurso extraordinario y revocar el fallo apelado. Agréguese al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a lo expresado en el presente. Notifíquese y remítase.

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

Recurso de hecho interpuesto por Raúl Omar Plée, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Casación Penal, Sala II.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 y Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.**

ZITO, JOSÉ MARIO c/ **EN - M° DEFENSA - EMGE - DTO**
1056/08 s/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG

REMUNERACIONES

El decreto 1056/08 -que prevé que a los efectos de calcular el sueldo anual complementario se deberán considerar todos los conceptos de naturaleza remunerativa de conformidad con lo dispuesto por el art. 1° de la ley 23.041 y el decreto 1078/84- fue dictado por la autoridad competente y aparece como razonable y adecuado a la ley que le sirve de base, por lo que no cabe formular reparos respecto de su validez constitucional, ya que el universo de conceptos “no remunerativos” puede ser muy variable y no puede válidamente sostenerse per se que todos ellos formen parte de las retribuciones que corresponde computar sino que corresponde el examen de cada uno de los ítems.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 71/72 vta., la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala IV), al revocar la sentencia de grado, rechazó la demanda entablada por el actor personal en actividad de las Fuerzas Armadas- con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto 1056/08 y se le liquide el sueldo anual complementario (SAC) de conformidad con lo dispuesto en la ley 23.041, esto es, sobre la base de la “mayor remuneración mensual devengada por todo concepto” y no solamente sobre las “sumas remuneratorias”.

Para así decidir, el tribunal recordó que, de acuerdo a lo establecido en la ley 23.041 y su decreto reglamentario 1078/84, el SAC debe

calcularse sobre las “remuneraciones computables”, lo cual implica, en términos del decreto 1056/08, considerar como base de cálculo los “conceptos de naturaleza remunerativa”, razón por la cual quedan excluidos los suplementos particulares. En ese mismo sentido -afirmó- se había expresado la Comisión Técnica de Política Salarial del Sector Público, organismo de interpretación de las disposiciones del citado decreto 1078/84.

-II-

Contra tal pronunciamiento, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 76/80 vta., concedido a fs. 86 por estar en juego el alcance y la interpretación de normas de carácter federal.

Se agravia, sustancialmente al sostener que el decreto 1056/08 efectúa una distinción ajena a la ley 23.041 y su decreto reglamentario, dejando así fuera del cómputo una parte sustancial del salario.

En apoyo de su postura, cita jurisprudencia del Alto Tribunal sobre la inconstitucionalidad de decretos relativos al pago de sumas “no remuneratorias” a los asalariados. Hace mención, asimismo, de las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 referentes al SAC, así como a lo expresado por la Procuración del Tesoro de la Nación en un dictamen del año 2002 a propósito de la aplicación de las disposiciones del decreto 37.569/47 para el cálculo del SAC.

-III-

El recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que en autos se cuestiona el alcance y aplicación de normas de carácter federal y la decisión del *a quo* ha sido contraria al derecho que en ellas fundó el apelante {art. 14, inc. 3° de la ley 48}. Al respecto, es preciso destacar que, encontrándose en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes ni por la posición del tribunal apelado, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado {Fallos: 311:2553; 326:2880; 331:1369}.

Al respecto, cabe advertir que el planteo se reduce a una cuestión meramente interpretativa con exclusión del análisis de la inconstitucionalidad que, pese a haber sido alegada en la demanda (fs. 2 y 3 vta.), no fue sostenida en la contestación del traslado de fs. 68/69 vta. ni en el propio recurso extraordinario federal, lo cual presupone su abandono por la actora (Fallos: 268:129; 302:219; 319:1552). Ello es así, en

la medida en que su introducción oportuna no exime a la parte de su mantenimiento de forma inequívoca en todas las instancias del litigio a los fines incluirla entre los puntos sometidos a la decisión de los tribunales intervinientes en el caso (arg. Fallos: 283:509; 300:429; 308:1347).

En tales condiciones, la cuestión a resolver se circunscribe a dilucidar si existe la alegada contradicción entre las normas que establecen las pautas para la liquidación del SAC en todos los ámbitos (ley 23.041 y su decreto reglamentario 1078/84) y el decreto 1056/08 aplicable al ámbito del sector público nacional.

En lo que aquí interesa, el art.1° de la ley 23.041 dispone que “[e]l sueldo anual complementario en la actividad privada, Administración Pública Central y descentralizada, empresas del Estado, empresas mixtas y empresas de propiedad del Estado, será pagado sobre el cálculo del 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre”.

Al fijar el alcance de estos términos, el decreto reglamentario 1078/84 en sus arts. 1° y 3° respectivamente, establece que “[l]a liquidación del sueldo anual complementario, en virtud de lo determinado por el art. 1° de la ley 23.041, será proporcional al tiempo trabajado por los beneficiarios en cada uno de los semestres en que se devenguen las **remuneraciones computables**”, a la vez que especifica que “[e]l cálculo del cincuenta por ciento (50%) de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto [...] deberá efectuarse sobre el total de las **retribuciones que correspondiere computar**” (énfasis agregado).

Posteriormente, el decreto 1056/08 ratifica lo allí establecido para el ámbito específico del sector público nacional, al disponer en su art. 1° que “[a] los efectos de establecer la base de cálculo para la liquidación del SAC [...] se deberán considerar **todos los conceptos de naturaleza remunerativa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° de la ley n° 23.041 y el decreto n° 1078 de fecha 6 de abril de 1984**” (énfasis agregado).

En consecuencia, la norma que en autos se impugna, además de remitir expresamente a lo dispuesto en la ley 23.041 y su decreto reglamentario, reitera en sus términos lo ya expresado en este último, cuando, al precisarse el alcance de la ley, se prevé el carácter computable de la retribución como parámetro para el cálculo de SAC. Ello, en términos del decreto 1056/08, se pone de manifiesto mediante la referencia a la “naturaleza remunerativa” de los conceptos a consi-

derar con ese mismo fin, lo cual, en definitiva, da cuenta de la función primordial que cumple el haber a los fines de la determinación de cuestiones tales como, en el caso, el aguinaldo.

En ese mismo sentido se expresó la Comisión Técnica Asesora de Política Salarial del Sector Público -encargada de evaluar la política salarial de los organismos del Estado Nacional, conforme a la ley 18.753 (arts. 2° y 3°)- al propiciar la exclusión de las remuneraciones que no son objeto de aportes previsionales para la liquidación del SAC, de conformidad con lo dispuesto en normas vigentes para el personal del sector público nacional (conf. cons. 3° y 4° del decreto 1056/08). Pues bien, tales extremos también son recogidos por el decreto 1056/08, siempre en el marco del criterio adoptado por la ley 23.041 y su decreto reglamentario (cons. 5° del decreto 1056/08).

Tal conclusión resulta del estudio sistémico de la norma, en la medida en que -como tiene dicho la Corte- los preceptos legales no pueden ser interpretados aisladamente sino en correlación con los demás, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en un conjunto y teniendo en cuenta, además de la letra, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 320:783 y 2701; 324:4367).

En esa inteligencia, entiendo que, habida cuenta de la referida limitación que resulta de la falta de mantenimiento de la cuestión constitucional, no surge de autos de qué manera se vería alterada por el decreto impugnado la sustancia de la ley 23.041 y su reglamentación.

Sentado lo anterior, entiendo que las fuentes de interpretación invocadas por la actora en apoyo de su posición son inaplicables al caso en el sentido pretendido y, por lo tanto, no logran modificar el sentido de la decisión apelada; antes bien, desde cierta perspectiva, podrían incluso abonar la teoría contraria.

La jurisprudencia citada, en efecto, resulta cuanto menos ineficaz para sostener el planteo de autos, toda vez que lo que allí se debate es la determinación de la naturaleza remuneratoria de ciertos suplementos salariales en particular, cuestión ajena a la presente. Lo cierto es que, en aquel contexto, el reclamo es formulado y -en ambos casos citados acogido, en la inteligencia de que el desconocimiento de esa naturaleza remuneratoria produce una disminución -entre otros conceptos- en el importe del SAC (conf. cons. 5° del fallo "González "cit.), afirmación que es dable interpretar como reconocimiento del principio que es presupuesto de la norma aquí atacada.

Tampoco es pertinente la invocación de los artículos de la Ley de

Contrato de Trabajo (LCT) relativos al SAC, no sólo porque el supuesto de autos es extraño al ámbito de aplicación de esa norma (art. 2º, inc. a, ley 20.744) sino porque, además, la cuestión relativa al cálculo del SAC se encuentra regulada por la ley 23.041 la que, pese a no hacer mención expresa de la LCT, prevé la derogación de toda disposición que se le oponga (conf. art. 2º).

Finalmente, el dictamen de la Procuración del Tesoro al que alude la actora, al desechar la aplicación al cálculo del SAC de criterios propios de la materia previsional, no hace más que confirmar el imperio de la ley 23.041 en este ámbito, en cuanto “norma específicamente dictada a tal efecto” (v. fs. 9 vta.).

En definitiva, en mi opinión, tal como ha sido formulado el planteo y en razón de los argumentos aportados, la recurrente no ha logrado demostrar de qué manera la norma impugnada podría contradecir lo dispuesto por la ley 23.041 y su decreto reglamentario, de modo de configurar un agravio que merezca ser atendido.

-IV-

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 6 de febrero de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2014.

Vistos los autos: “Zito, José Mario c/ EN - Mº Defensa - EMGE - dto. 1056/08 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que revocó la decisión de la anterior instancia y, en consecuencia, rechazó la demanda entablada por el actor —personal en actividad de las Fuerzas Armadas— con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto 1056/08 y se liquide el sueldo anual complementario (SAC)

de conformidad con lo dispuesto en la ley 23.041, éste dedujo recurso extraordinario federal que fue concedido por estar en juego el alcance y la interpretación de normas de carácter federal.

2°) Que los agravios del recurrente se fundan, substancialmente, en que el decreto 1056/08 efectúa una distinción ajena a la ley 23.041 y su decreto reglamentario, dejando así fuera del cómputo del SAC una parte sustancial del salario. Cita jurisprudencia que —a su entender— avalaría su postura y hace mención, asimismo, a las disposiciones de la ley 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo) referidas al sueldo anual complementario.

3°) Que el recurso extraordinario resulta admisible, pues se cuestiona el alcance y la aplicación de normas de carácter federal y la decisión del a quo ha sido contraria al derecho que en ellas fundó el apelante. Por lo demás, corresponde destacar que en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole señalada, la Corte no se encuentra limitada por las razones de la sentencia recurrida ni por las alegaciones de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre los puntos disputados, según la interpretación que rectamente le asigne (Fallos: 326:2880).

4°) Que el planteo del actor se basa en que en el decreto cuestionado se efectúa una distinción que la ley 23.041 no contiene en tanto prevé que el cómputo del sueldo anual complementario se realiza solo respecto de las sumas que tienen carácter remunerativo.

5°) Que en el art. 1° de la ley 23.041 se dispone que “...el sueldo anual complementario en la actividad privada, Administración Pública Central y descentralizada, empresas del Estado, empresas mixtas y empresas de propiedad del Estado, será pagado sobre el cálculo del 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre...”.

Por su parte, el decreto reglamentario 1078/84, en sus arts. 1° y 3° establece que “...la liquidación del Sueldo Anual Complementario, en virtud de lo determinado por el art. 1° de la ley 23.041, será proporcional al tiempo trabajado por los beneficiarios en cada uno de los semestres en que se devenguen las remuneraciones computables...”, y puntualiza que “...el cálculo del cincuenta por ciento (50%) de la mayor remun-

neración mensual devengada por todo concepto...deberá efectuarse sobre el total de las retribuciones que corresponde computar...”.

El decreto 1056/08 que aquí se impugna —específico para el sector público nacional— prevé que “...A efectos de establecer la base de cálculo para la liquidación del Sueldo Anual Complementario...se deberán considerar todos los conceptos de naturaleza remunerativa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 23.041 y el Decreto 1078 de fecha 6 de abril de 1984...”.

6°) Que el examen de la norma citada en último término no refleja contradicción alguna con aquellas respecto de las cuales el recurrente pretende que la demandada ajuste su conducta.

En efecto, el mentado decreto 1056/08, lejos de confrontar con las disposiciones de la ley 23.041 y su reglamento 1078/84, remite expresamente a ellas y reitera lo expresado en este último al prever el carácter computable de la retribución como parámetro del cálculo del SAC (en los términos del decreto impugnado mediante la referencia a la “naturaleza remunerativa” de los conceptos a considerar a tales fines).

7°) Que, por otra parte, sin perjuicio de señalar que el recurrente no identificó el o los rubros que estarían siendo excluidos del cálculo del SAC, cabe indicar que no es materia de discusión el hecho de que la demandada pueda disponer el pago de determinados suplementos o asignaciones que no tengan carácter remunerativo, siempre y cuando a través de tal proceder no se esté encubriendo un incremento salarial. Ello se condice con la postura de esta Corte respecto a la incidencia directa que tiene la asignación de carácter remunerativo a un suplemento en el cálculo del SAC (Fallos: 333:699).

Por consiguiente, aun en la eventualidad de que tales conceptos hubiesen sido individualizados, ello no sería suficiente para torcer el rumbo de la decisión puesto que el objeto principal de la demanda debería dirigirse a probar el carácter remunerativo del o de los rubros a los que aquél no les fue asignado.

El universo de conceptos “no remunerativos” puede ser muy variable, y no puede válidamente sostenerse *per se* que todos ellos formen

parte de las retribuciones que corresponde computar a los efectos aquí perseguidos (arts. 3° del decreto 1078/84 y 1° del decreto 1056/08). En consecuencia, será el examen particular de cada uno de los ítems cuya incorporación se pretenda el que definirá, en cada caso, la procedencia del reclamo efectuado, mas no podría realizarse una declaración genérica y en abstracto sobre el punto sin caer en afirmaciones meramente dogmáticas.

8°) Que, en síntesis, la norma impugnada en el sub examine fue dictada por la autoridad competente y aparece como razonable y adecuada a la ley que le sirve de base, por lo que no cabe formular reparos respecto de su validez constitucional. Máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha sostenido este Tribunal en numerosas ocasiones, la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como la *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 307:531; 312:72; 314:424; 324:920; 325:428; 327:831, entre muchos otros) y solo viable si su irrazonabilidad es evidente.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y oportunamente, devuélvase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **José Mario Zito**, actor en autos, representado por el **Dr. Pedro Miguel Albarracín**, en su carácter de letrado apoderado.

Traslado contestado por el **Estado Nacional (M° de Defensa)**, demandado en autos, representado por **José Alberto Bonillo**.

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° 12**.

**BRIDAS AUSTRAL SA c/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO
DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION
GENERAL IMPOSITIVA s/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA**

CREDITO FISCAL

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, por lo que -contrariamente a lo que afirma la actora en su memorial-, la sola demostración del devengamiento de los importes contabilizados en materia de intereses y gastos no constituye el cabal cumplimiento de la referida carga procesal que pesa sobre aquélla.

CREDITO FISCAL

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda dirigida a obtener la revocación del acto del organismo recaudador por el que no se conformó el quebranto en el impuesto a las ganancias alegado por la actora como base del crédito fiscal previsto en los arts. 31 a 33 de la ley 24.073 -modificada por la ley 24.463- si los argumentos desarrollados por la apelante no logran desvirtuar una de las razones centrales que tuvo en cuenta el ente para entender que no se encontraba acreditada la existencia del préstamo: la falta de demostración del ingreso de los fondos, en tanto la prueba reunida en la causa resulta insuficiente para comprobar tal extremo.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de abril de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa *Bridas Austral S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos – Dirección General Impositiva s/ Dirección General Impositiva*”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Con-

tencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la demanda dirigida a obtener la revocación del acto del organismo recaudador por el que no se conformó el quebranto en el impuesto a las ganancias alegado por la actora como base del crédito fiscal previsto en los arts. 31 a 33 de la ley 24.073 —modificada por la ley 24.463—, la declaración de la existencia de tal crédito a su favor por la suma de \$ 18.055.087 (equivalente al 20% del quebranto denunciado), y que se condenase al Fisco Nacional (D.G.I.) a entregarle en ese concepto bonos de consolidación —ley 23.982— por el importe indicado, ello sin perjuicio de la limitación resultante del desistimiento del planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.463.

2º) Que para así decidir el a quo sostuvo —en síntesis— que la actora no había logrado desvirtuar los fundamentos tenidos en cuenta por la Administración Federal de Ingresos Públicos para rechazar el reconocimiento de crédito fiscal originado en el quebranto impositivo emergente de la declaración jurada del impuesto a las ganancias correspondiente al ejercicio fiscal 1989. En especial, destacó que “la deficiencia probatoria de la veracidad de las operaciones se advierte como decisiva en punto a los aspectos que precisamente hacen al perfeccionamiento del mutuo y a la satisfacción de sus obligaciones por parte del prestatario, que es el aspecto a partir del cual se pretenden hacer valer las erogaciones efectuadas como constitutivas de los quebrantos” (conf. fs. 1879 —2º párr.—).

Sobre el particular agregó que “el único elemento probatorio traído en autos a los fines de demostrar, por un lado, la efectiva entrega de los valores prestados por el mutuante y su ingreso en el patrimonio del mutuado [sic], y por el otro, el efectivo pago por parte de éste al prestamista respecto del capital e intereses pactados, es la prueba pericial contable cuya deficiencia esencial impide tener por acreditados tales extremos, tanto más cuanto de lo que se trata es de oponer los efectos del empréstito a un tercero”. A continuación señaló que las conclusiones del perito contador acerca de “la real y efectiva entrega de fondos y su devolución por el mutuario” carecían de sustento fáctico y técnico porque “resultarían exclusivamente de los asientos efectuados en [el] Libro Diario General y de Inventario, que no se encuentran llevados en legal forma, en tanto las registraciones en ellos asentadas correspondientes a las operaciones involucradas en autos, son anteriores a la rúbrica de dichos libros”. Por ello, entendió que el citado dictamen carecía de eficacia probatoria suficiente según las pautas estableci-

das en los arts. 386 y 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al respecto destacó que la jueza de la instancia anterior había descartado su valor probatorio, y que tal juicio no había sido objeto de una crítica concreta y razonada por el apelante (fs. 1879 —3º, 4º, 5º, 6º párr.— y 1879 vta. —1º y 2º párr.—).

En ese orden de ideas, señaló que “la actora no ha logrado acreditar de manera suficiente y con la fuerza de convicción que exige la consecuencia por ella perseguida (tornar oponibles al Fisco los efectos y consecuencias patrimoniales de las operaciones de mutuo involucrado) lo concerniente a las diferencias de cambio, tasas de interés y gastos que dice haber pagado con motivo de los préstamos, extremos que originalmente observados por el ente recaudador en oportunidad de rechazarse los quebrantos no han sido debidamente justificados (ver act. [a]dm. [c]it., Fs. 88 a 91)”. En tal sentido sostuvo que cabía efectuar “análogas consideraciones que las ya desarrolladas respecto a la entidad probatoria del peritaje y que ciertamente no alcanzan a demostrar que los intereses y gastos pagados a los eventuales prestamistas se corresponden con las estipulaciones contractuales o con las condiciones de los respectivos mutuos, de tal suerte que constituyendo aquéllos la base de los supuestos quebrantos, su ausencia de justificación es decisiva para desestimar el reconocimiento pretendido”.

En razón de lo expuesto concluyó que “los actos administrativos impugnados aparecen debidamente motivados y fundados en los trabajos previos realizados en el marco de la inspección llevada a cabo, sin que pueda considerarse desvirtuada, a través de la prueba reunida en autos y a la luz de las consideraciones ‘ut supra’ expuestas, la presunción de legitimidad que revisten” (conf. fs. 1879 vta., considerando VIII —1º, 2º y 3º párr.—).

3º) Que contra tal sentencia, la actora interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 1884) que, al ser denegado por la cámara (fs. 1885/1885 vta.), dio motivo a la presentación de la queja que fue admitida por esta Corte a fs. 1947/1948. Al pronunciarse en tal oportunidad, el Tribunal, tras declarar que el citado recurso había sido mal denegado por el a quo, dispuso que se pusieran los autos en Secretaría a los efectos del art. 280, párrafos segundo y tercero, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El memorial de agravios obra a fs. 1959/1986 vta. y su contestación por la AFIP-DGI a fs. 1991/2007.

4º) Que tal como lo ha puntualizado el Tribunal en la causa “Sevel Repuestos” (Fallos: 324:4016) 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 7º del mencionado precedente).

5º) Que en el caso *sub examine*, y contrariamente a lo que afirma la actora en su memorial de agravios presentado ante esta Corte (conf. fs. 1981 vta./1982 vta. —apartados 102 y 103—), la sola demostración del devengamiento de los importes contabilizados en materia de intereses y gastos —y las consecuentes diferencias de cambio denunciadas— no constituye el cabal cumplimiento de la referida carga procesal que pesa sobre aquélla. En efecto, toda vez que en autos se encuentra controvertida la efectiva existencia y alcance de las operaciones que habrían originado los conceptos integrantes del quebranto alegado por Bridas Austral S.A., resulta aplicable la pauta interpretativa contenida en el art. 2º de la ley 11.683 según la cual, para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. En atención a la citada pauta interpretativa, y concordemente con lo resuelto en la anterior instancia, la empresa actora se halla compelida a demostrar la efectiva realización de las operaciones crediticias con independencia de los aspectos formales de su instrumentación y registración contable, esto es, mediante la prueba del efectivo desembolso de los fondos prestados y de la correspondiente cancelación del capital y de los intereses por parte de Bridas Austral S.A., máxime cuando a la fecha de solicitud del reconocimiento del quebranto —27 de noviembre de 1992— había transcurrido un plazo considerable desde su alegado devengamiento —31 de diciembre de 1989— para demostrar la efectiva ocurrencia de tales extremos. En consecuencia, resultan improcedentes los agravios que atribuyen una actuación irrazonable a la administración tributaria en torno a los distintos argumentos que originaron el rechazo de la conformación del quebranto (conf. fs. 1985 y 1985 vta., —ap. 117/121—).

6º) Que sentado lo que antecede, en forma previa al examen de cada una de las operaciones, corresponde desestimar el agravio atinente al rechazo del valor probatorio de los libros de comercio a fin de acreditar la existencia de esas operaciones. Ello es así por cuanto según la ley 11.683, el valor probatorio de “las registraciones contables” se encuentra sujeto al respaldo de “los comprobantes correspon-

dientes” y a “la fe que éstos merezcan” (conf. art. 33 —1º párrafo—, in fine); y en el caso de autos —con independencia del concreto argumento desarrollado por el a quo a tal fin— la información que esos asientos contables reflejan surge de documentación cuya insuficiencia —como se verá más adelante— impide a esta Corte atribuirle idoneidad a su fuerza o aptitud probatoria (confr. fs. 1970 vta./1971, ap. 50 y 51).

7º) Que la primera de las operaciones alegada por la apelante consiste en un préstamo que una entidad panameña llamada Overseas Financing of Meilen S.A. habría otorgado a Bidas SAPIC —controlante de Bidas Austral S.A.— por un total de US\$ 76.500.000 para financiar su participación en el Contrato de Exploración y Desarrollo 19944 de fecha 3 de julio de 1978 celebrado con YPF y en el Contrato Operativo del 9 de marzo de 1979 referente al área de la Cuenca Austral entre Bidas, Deminex Argentina y Total Austral. Este préstamo, y la consecuente posición de deudora de Bidas SAPIC, habría sido transferido a Bidas Austral S.A. con motivo de un proceso de reorganización en virtud del cual la primera habría cedido sus activos y pasivos a la última mediante un acuerdo celebrado el 18 de agosto de 1986 (conf. fs. 1976, ap. 70 y 71).

8º) Que los agravios dirigidos contra la sentencia, en cuanto compartió el criterio del organismo recaudador de tener por no acreditada la referida operación, no pueden prosperar. Sobre el particular cabe destacar que el a quo juzgó que la empresa actora no había rebatido suficientemente las observaciones formuladas por la AFIP consistentes en que: (i) “Overseas Financial of Meilen es una ‘off shore’ con sede en la República de Panamá que en la nota enviada por su representante de Uruguay no reconoció su carácter de acreedor, sino solamente le abrió una línea de crédito contra la cual se firmaban los ‘promissory notes’ o pagarés que además de carecer de lugar de emisión, fueron sometidos a la jurisdicción de Nueva York”; (ii) no se había probado “que las operaciones estuvieran registradas en la entidad panameña, ni cuál fue la sucursal del Chase Manhattan que utilizó para la remisión de los fondos, ni en qué cuenta de la actora [esos fondos] fueron aportados, [ni] extractos bancarios, [como tampoco] liquidación de divisas”, y (iii) que el perito no había dicho nada “sobre la cancelación del préstamo, el pago de intereses, [y el] rescate de las notas de pago”; y que además reconoció “expresamente que no le [había sido] exhibido un documento formal concreto de aceptación de esta cesión por parte de OFM” (conf. fs. 1878 vta., cons. V, 1º y 2º párr.).

9°) Que en primer lugar cabe señalar que la “propuesta de mutuo remitida por SAPIC a OFM, el 17 de junio de 1985, donde solicita una línea de crédito de hasta U\$S 100.000.000” con que la apelante pretende acreditar la efectiva realización de la operación y, consecuentemente, “los devengamientos de intereses y gastos” (conf. fs. 1976 y 1976 vta. —ap. 71 y 73—) resulta insuficiente, por incompleta, en tanto se trata de una declaración unilateral atribuida a Bridas SAPIC cuya aceptación por parte de Overseas Financing of Meilen S.A. no se encuentra acreditada en la causa —tal como se consigna en la resolución 206/94 denegatoria de la conformación del quebranto en cuestión (conf. fs. 148/151, en especial fs. 149 último párrafo)—, carece de fecha cierta, cuenta con dos firmas ilegibles y no se indica la identidad ni el carácter asumido por quienes la suscriben, defectos que no pueden considerarse saneados mediante la declaración del representante de la empresa quien señala que “la copia del contrato que se acompañó, reproduce fielmente el original y las firmas puestas por Bridas SAPIC [y] corresponden a personas que en el momento de su celebración tenían capacidad para obligarla” toda vez que —aparte del carácter vago e impreciso de aquélla— no ha demostrado contar con facultades necesarias a tales fines (conf. fs. 506/507).

Tampoco resulta hábil a los efectos antes indicados el documento glosado a fs. 520/528 que instrumentaría la delegación de la deuda *sub examine* (conf. fs. 1976, 1977 y 1982 —ap. 70, 71, 78 y 103—). Aquél consiste en copia de una propuesta realizada el 13 de agosto de 1986 por Bridas SAPIC a Bridas Austral S.A. que ésta habría aceptado el 18 del mismo mes y año (conf. copia de la carta agregada a fs. 529). Si bien el documento refiere que entre los pasivos que Bridas SAPIC alegó transferir a Bridas Austral S.A. se encuentra comprendido nominalmente el préstamo que la entidad panameña habría efectuado a Bridas SAPIC (conf. fs. 526/527), resulta claro que su sola mención no acredita *per se* su existencia, ni su instrumentación, ni los desembolsos de dinero que se habrían realizado.

10) Que por los fundamentos expuestos en los considerandos 5°, 6° y 9° —segundo párrafo— de esta sentencia también corresponde desestimar la mención de “las constancias de la recepción de los activos que surgen del libro Diario General N° 1 de la actora” (conf. fs. 1976 —ap. 71—) como medio probatorio idóneo a fin de acreditar la existencia de la deuda. Ello sin perjuicio de señalar que un préstamo encuadra en la categoría legal de “pasivo” y no de “activo” (conf. ley 19.550, art. 63, inc. 2, ap. I, pto. a).

11) Que tampoco resulta eficaz el peritaje contable producido en autos para acreditar los extremos del préstamo alegado (conf. fs. 553/567, 1976 y 1976 vta. —ap. 71 y 73— y nota 79 al pie). Al respecto cabe señalar que con motivo de la respuesta a la pregunta 11 el perito consigna que “[l]os préstamos efectuados por OFM a Bidas SAPIC y luego transferidos a Bidas Austral, fueron instrumentados mediante comunicaciones recíprocas en donde se fijaban las condiciones de los préstamos (Monto, Plazo, Tasa de interés, Impuesto a las ganancias, garantías)”, que “eran respaldados a través de ‘Promissory Notes’ [pagarés] firmados por Bidas SAPIC, en donde constaban las fechas de vencimiento y la posibilidad de [su] renovación...previo aviso con treinta días de anticipación al prestamista” y que “[e]n su mayoría el Chase Manhattan Bank era el banco a través del cual se liquidaban e ingresaban las divisas, con la debida intervención del Banco Central de la República Argentina” (conf. fs. 561 vta./562 —pregunta 11—). Sin embargo, el experto no individualiza ni detalla la “documentación respaldatoria de las operaciones” que según surge del punto I de ese informe habría examinado para formular tales afirmaciones, y tampoco indica las “tareas consideradas pertinentes” llevadas a cabo “para obtener mayor información” al respecto (conf. fs. 559). Menos aún puede considerarse que la suficiencia de esa documentación surja de las “comunicaciones cursadas entre la actora y OFM respecto de los términos, condiciones y renovaciones de los créditos delegados por SAPIC” y las “aceptaciones expresadas por OFM acerca de los *promissory notes* emitidos por [aquella] al renovar las operaciones” que en copia se hallan agregadas a la contestación del exhorto librado a la oficina de Overseas Financial of Meilen S.A. con asiento en la República Oriental del Uruguay (conf. memorial de agravios, fs. 1982 y notas 114, 115 y 116).

12) Que, en efecto, los citados instrumentos, con los que la recurrente pretende, además, acreditar la correspondencia de las operaciones denunciadas por la empresa actora con las constancias de los registros de Overseas Financial of Meilen S.A. (conf. fs. 1977, ap. 77), la efectiva realización de préstamos por parte de esa entidad a Bidas SAPIC y a Bidas Austral S.A. (conf. fs. 1977 vta., ap. 78, y nota 84 al pie), el pago de intereses y de amortización de capital por parte de Bidas Austral S.A. (conf. fs. 1978, ap. 79, y nota 86 al pie) y la aceptación por parte de la entidad panameña de la alegada delegación de deuda de Bidas SAPIC a Bidas Austral S.A. (conf. fs. 1982 —ap. 103— y nota 114 al pie), carecen de los requisitos de autenticidad necesarios

para corroborar la veracidad de los hechos allí expuestos. Ello es así, porque si bien es cierto que la empresa actora alega que el informe resultante “no [ha sido] atacado de falsedad ni negado en cuanto a su contenido” por la administración tributaria (conf. fs. 1977, ap. 77), no es menos cierto que la eficacia extraterritorial en la República Argentina de la prueba informativa producida con motivo de la contestación de un exhorto librado a la República Oriental del Uruguay, está condicionada a la satisfacción del requisito de autenticación pertinente, es decir aquel mediante el cual se certifiquen la validez, la fecha y la veracidad de la firma que obra al pie de un documento público o privado y la conformidad de las copias que se acompañan con los originales (conf. arts. 14 y 26 del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto el 27 de junio de 1992 entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, aprobado por la ley 24.578, aplicable al caso —conf. fs. 1716/1717—). En consecuencia, corresponde destacar que el legajo que corre agregado por cuerda a las presentes actuaciones —que lleva carátula con el escudo de la República Oriental del Uruguay—, no cuenta con foliatura, se halla individualizado bajo el n° 0-1/06 con la inscripción “Poder Judicial – Exhorto” y tiene la mención de encontrarse “anotado con el n° 1 al folio 24 del libro exhortos del extranjero del juzgado contencioso adm. de 2° turno”, contiene una nota de seis folios con membrete impreso en computadora de la entidad oficiada que carece de lugar y fecha ciertos de expedición, se halla suscripta por una persona que dice ser contador público, no acredita identidad ni el carácter asumido y la firma puesta al pie no se halla autenticada. Adicionalmente, corresponde señalar que la documentación agregada a esa contestación consiste en copias simples de intercambios epistolares y pagarés carentes de certificaciones que den cuenta de su conformidad con los respectivos documentos originales. En consecuencia, corresponde concluir que la falta de cumplimiento de los requisitos enumerados impide a este Tribunal, reconocerle valor probatorio al citado informe, según las reglas de la sana crítica, en los términos de los artículos 377, 386 y 396 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

13) Que, como se anticipó en el considerando 11, tampoco se encuentra suficientemente acreditado en autos el alegado ingreso de los fondos mediante la afirmación del perito contador relativa a que “[e]n su mayoría, el Chase Manhattan Bank era el banco a través del cual

se liquidaban e ingresaban las divisas, con la debida intervención del Banco Central de la República Argentina” (conf. peritaje contable, fs. 562), porque aquel no individualiza ni detalla la “documentación respaldatoria de las operaciones” que según surge del punto I de ese informe habría examinado y tampoco indica las “tareas consideradas pertinentes” llevadas a cabo “para obtener mayor información” al respecto (conf. fs. 559). Menos aún puede considerarse que la suficiencia de esa documentación surja de las “liquidaciones de divisas efectuadas mayoritariamente por The Chase Manhattan Bank, e intervención del BCRA de conformidad con la información brindada por éste al contestar un oficio librado en esta causa” que menciona la recurrente en otro pasaje de su memorial (conf. fs. 1976, 1976 vta. —ap. 71 y 72—, notas 79 y 80 al pie; fs. 1977/1977 vta. —ap. 77— y nota 83 al pie). Al respecto corresponde recordar que las liquidaciones agregadas por la empresa actora fueron oportunamente desestimadas por el organismo recaudador (conf. act. adm., cuerpo de verificación —módulo 8, gastos financieros—, fs. 124/143) al considerar que en ellas “no se consigna la entidad por cuya cuenta y orden se efectúa la liquidación” (conf. act. adm., cuerpo principal de verificación, fs. 98), extremo que tampoco surge del informe del BCRA ya que en él se consignan “las liquidaciones de divisas para la actora” realizadas por el Chase Manhattan Bank en el período y por los montos allí indicados aunque sin proporcionar “los nombres de los titulares de las compras o ventas de moneda extranjera ni el de los remitentes o beneficiarios del exterior” (conf. contestación del oficio por parte del Banco Central a fs. 571/572).

14) Que, por último, tampoco puede considerarse acreditada “la cancelación del préstamo y [el] pago de intereses” por parte de Bridas Austral S.A. mediante “el Anexo VIII agregado al dictamen pericial [donde] el perito señaló los saldos de la deuda para con OFM al inicio de cada período” (conf. memorial de agravios, fs. 1978, ap. 79, y notas 85 y 86 al pie), porque en este aspecto los antecedentes utilizados por el experto para responder al punto 27 del peritaje resultan inconsistentes. En efecto, en su contestación el experto contable refiere haber consultado “declaraciones juradas del impuesto a las ganancias, libros rubricados [y] documentación respaldatoria diversa” (conf. fs. 564 vta., pto. 27), elementos que por sus características resultan inhábiles para dar fe de los extremos en cuestión por tratarse, en el primer caso, de declaraciones unilaterales de la empresa actora, y en el segundo, de libros contables a los que les resultan aplicables las observaciones formuladas en los considerandos 5º y 6º de esta sentencia.

15) Que tampoco pueden prosperar los agravios dirigidos contra la sentencia en cuanto desestimó —a los fines de la conformación del quebranto denunciado en autos y con sustento en la falta de demostración de la tasa de interés aplicada (conf. fs. 1878, cons. V)— el cómputo de los intereses y las diferencias de cambio derivados del segundo préstamo alegado por la apelante, que la Corporación Financiera Internacional habría efectuado al consorcio para la explotación de la Cuenca Austral del que aquella dice haber sido parte, por un importe de U\$S 80.000.000, de los cuales le correspondía devolver el 25% (U\$S 20.000.000) “en la medida de su participación porcentual e interés del consorcio” (conf. memorial de agravios, fs. 1978 —ap. 80—).

Al respecto resulta pertinente señalar que de las actuaciones administrativas surge que el organismo recaudador consideró inadmisibles el procedimiento utilizado por la empresa actora para justificar la tasa utilizada mediante la obtención “del cociente entre el interés devengado y el capital”, por entender “que el interés debería ser el resultado de la aplicación de la tasa y no viceversa”. En atención a ello el inspector actuante concluyó que no se podía “expedir acerca de la razonabilidad de los intereses declarados” (conf. act. adm., cuerpo de verificación —módulo 8, gastos financieros—, fs. 398/399).

Sin embargo, frente a dicha concreta impugnación, la recurrente señala ante este Tribunal que “la tasa de interés aplicada es la consecuencia del acuerdo agregado a la causa por IFC y de las constancias de pagos de intereses obrantes en el expediente administrativo que corre por cuerda separada” (conf. memorial de agravios, fs. 1978 vta. —ap. 84—). Tal afirmación —además de ser imprecisa— no se hace cargo de la concreta objeción formulada por no haber aportado cálculos, explicación o razonamiento lógico alguno del que resulte la demostración de la tasa aplicada, según lo requerido oportunamente por el Fisco Nacional.

16) Que si bien lo anteriormente expuesto resulta suficiente para desestimar los agravios de la apelante en torno a la falta de reconocimiento de los intereses en cuestión, cabe señalar que “la contestación de IFC al exhorto que le fuera remitido” que menciona la apelante en su memorial presentado ante esta Corte (conf. fs. 1978 vta., apartados 82 y 83 y notas 88, 89, 90, 91, 92 y 93 consignadas al pie del memorial de agravios) tampoco resulta hábil para demostrar su existencia y efectivo pago, por cuanto con independencia de lo señalado en el considerando 5º, presenta serias deficiencias que afectan su valor probatorio.

En efecto, en forma análoga a lo señalado *ut supra*, la eficacia extraterritorial en la República Argentina de la prueba informativa producida con motivo de la contestación de un exhorto librado al Distrito de Columbia, Estados Unidos de Norteamérica, está condicionada a la satisfacción del requisito de autenticación pertinente, es decir aquel mediante el que se certifiquen la validez, la fecha y la veracidad de la firma que obra al pie de un documento público o privado y la conformidad de las copias que se acompañan con los originales (conf. arts. 1° —incs. a y d—, 3°, 4°, 5° y 6° de la Convención de la Haya del 5 de octubre de 1961, aprobada por ley 23.458, aplicable al caso). En tal sentido, cabe destacar que en el legajo que corre agregado por cuerda a las actuaciones, aunque sin foliatura, se halla agregada una nota de remisión enviada —supuestamente— por el Tribunal Federal de Primera Instancia del distrito de Columbia redactada en idioma inglés y que carece de la indicación de la fecha y lugar de otorgamiento, donde se indica lacónicamente que se remite “la respuesta de la Corporación Financiera Internacional” y que si la jueza oficiante tiene “alguna pregunta, no dude en consultarme... (al número telefónico que allí se menciona)”. La firmante —“Angela Caesar”— dice ser “sub jefa de operaciones” de ese tribunal, pero no se acredita el carácter invocado y la firma puesta al pie no se halla certificada ni apostillada (conf. pág. 111 de la traducción pública glosada al legajo en la anteúltima hoja del citado legajo). Por su parte, la respuesta a la requisitoria dada supuestamente por la International Finance Corporation también se halla redactada en idioma inglés, consta de tres folios, carece de lugar y fecha ciertos de expedición, se halla suscripta por una persona que dice llamarse “Jennifer A. Sullivan”, ser “Gerente de Legales y Director” del “Departamento de Asuntos Legales” de la “Corporación Financiera Internacional”, no acredita identidad, ni el carácter asumido y la firma puesta al pie no se halla certificada ni apostillada (conf. pág. 4 de la traducción pública glosada en el citado legajo; conf. copia de la versión en inglés y de la traducción al castellano agregadas a fs. 1545/1548 y 1631/1633). Por lo demás, toda la documentación acompañada en sustento de la referida contestación carece de certificación alguna que de cuenta de su conformidad con los documentos originales.

17) Que en línea con lo expuesto precedentemente, el informe contable mencionado por la apelante tampoco resulta hábil para acreditar el efectivo pago de los intereses *sub examine* (conf. fs. 1978 vta. —ap. 83—), por cuanto sus conclusiones surgen de la lectura de la respuesta al exhorto examinado anteriormente y de los registros contables de

la empresa actora (conf. informe contable: Anexos III y IV, fs. 554 vta., 555, 555 vta. y 556 y ptos. 16, 17 y 18, fs. 563/563 vta.).

18) Que tampoco resultan atendibles los agravios contra la decisión del a quo en cuanto consideró que no se encontraba demostrada la existencia del préstamo sindicado que el Citibank le habría otorgado al *joint venture* de la explotación de la Cuenca Austral, del que la actora refiere haber sido parte y en virtud del cual los bancos internacionales liderados por esa entidad financiera habrían desembolsado U\$S 125.000.000, de los cuales el 25% (U\$S 31.250.000) debía ser restituido por la empresa accionante (conf. fs. 1979 —ap. 85—).

19) Que al decidir del modo en que lo hizo, la sala sostuvo que la empresa actora no había desvirtuado las observaciones formuladas por el Fisco Nacional dirigidas a cuestionar la veracidad de las operaciones denunciadas con fundamento en que “de la lectura de los documentos que instrumentan los préstamos surge que ese banco no es el acreedor [en referencia al Citibank N.A.], sin que se identifiquen debidamente los verdaderos aportantes de los fondos, ni los medios utilizados para su ingreso” (conf. fs. 1878, cons. V, 6º párr. y 1879, 2º párr.). En su presentación ante esta Corte, la apelante señala que la objeción formulada por el organismo fiscal y confirmada por el a quo no se ajusta a la realidad porque el Citibank “actuó como líder de un grupo de bancos prestamistas y como tal asumió la función del agente; figura próxima en la especie a la de un mandatario que actúa en nombre propio pero en interés ajeno”. A ello agregó que “[r]especto de la existencia de la operación, la efectiva percepción de los fondos y la obligación de restituir el capital y pagar intereses, que son los actos que dan origen al quebranto impositivo por el que se discute, la nómina de los bancos integrantes del consorcio liderado por Citibank es totalmente irrelevante” (conf. fs. 1978 vta., ap. 89).

20) Que los argumentos desarrollados por la apelante no logran desvirtuar una de las razones centrales que tuvo en cuenta el ente recaudador para entender que no se encontraba acreditada la existencia del préstamo: la falta de demostración del ingreso de los fondos. En efecto, la prueba reunida en la causa resulta insuficiente para comprobar tal extremo en tanto (i) el contrato de transferencia de activos y pasivos no acredita *per se* la existencia de la deuda, según se señaló en el considerando 9º —2º párrafo— de la presente

(fs. 1979 —ap. 86—); (ii) la respuesta del Citibank, N.A. al exhorto diplomático obrante a fs. 739/749 adolece de las mismas deficiencias formales que las apuntadas respecto de la contestación al exhorto examinada en el considerando 16 de esta sentencia, por lo que resultan aplicables las conclusiones allí señaladas (fs. 1979 —ap. 86—); (iii) la documentación que se menciona genéricamente como agregada en las actuaciones administrativas, y que daría cuenta del ingreso de los fondos, no se individualiza debidamente ni se indica el lugar de su ubicación y tampoco se efectúa una relación de su contenido con el extremo que se pretende probar (fs. 1979 —ap. 87—); y (iv) el informe contable resulta inhábil por cuanto ilustra “los devengamientos de intereses” sobre la base del examen de documentación no identificada por el perito y de registraciones contables de la empresa actora respecto de las que resulta aplicable lo señalado en el considerando 6º de esta sentencia (conf. fs. 1979 —ap. 86 in fine— y 1979 vta. —ap. 88—).

21) Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que de conformidad con las razones expuestas en el considerando 5º, la apelante no ha logrado acreditar en autos el pago de los intereses supuestamente originados por la operación alegada. En efecto, es del caso advertir que si bien la recurrente reseña “la contestación de Citibank al exhorto diplomático que se le remitiera” a fin de demostrar ciertos aspectos del préstamo, omite, sin embargo, transcribir íntegramente el contenido del fax remitido por la sucursal argentina del Citibank, N.A. a la sede de esa casa bancaria en Nueva York que figura en el ap. 86 del memorial de agravios presentado ante esta Corte (conf. fs. 1979), en particular, la respuesta al punto vii) donde la sucursal argentina señala que “no hemos podido determinar si los pagos fueron hechos directamente por Bidas Austral S.A. o por terceros” (la traducción es del Tribunal; en su versión original se señala: “(vii) We have not been able to determine whether the payments were made directly by Bidas Austral S.A. or by third parties”) (conf. fs. 743).

22) Que tampoco resultan atendibles los agravios relativos al juicio del a quo con respecto a la cuarta operación crediticia alegada —consistente en dos préstamos solicitados a Bidas SAPIC— con referencia a la cual entendió que no había sido suficientemente acreditada de acuerdo con las razones señaladas por el ente recaudador en sede administrativa (conf. fs. 1878 vta., 3º, 4º y 5º párr. y 1879, con-

siderando VI). Sobre el particular cabe recordar que el organismo fiscal consideró que la empresa actora no había presentado pruebas adecuadas de los préstamos pues “sólo se aportaron propuestas de contratos firmadas únicamente por la actora y recibos emitidos también por Bidas Austral S.A.”; y entendió que tampoco constituía prueba eficaz el informe contable producido en autos en tanto “contradice el Anexo VIII, ya que el perito señaló que los fondos fueron recibidos por la actora con fecha 8 de febrero de 1989 y 3 de mayo de 1989, hecho que no se corresponde con las cifras consignadas al cierre del ejercicio al 31/12/89”, no “expresa de qué modo se recibieron esos fondos” y se limita a indicar que “se hallan contabilizados, en registraciones con fecha de rúbrica posterior a la contabilización” (conf. fs. 1878 vta., cons. V, 3º y 4º párr.).

23) Que, en efecto, la apelante pretende basarse en la misma prueba documental objetada en sede administrativa para acreditar la existencia de las operaciones cuestionadas, sin hacerse cargo de las impugnaciones formuladas por el organismo recaudador en aquella oportunidad (conf. fs. 1980, ap. 91 y 92). A idéntica conclusión corresponde llegar respecto de la ineficacia del peritaje contable para demostrar tal extremo por cuanto el perito contestó los puntos 13 a 15 sobre la base de la lectura de las propuestas de contrato examinadas precedentemente (conf. fs. 562 vta. y 563). Por lo demás, y en forma análoga a lo señalado en el considerando 14 de esta sentencia, resulta inválida la pretendida acreditación de “los devengamientos de intereses que surgen del detalle de gastos financieros” contenido en los Anexos VII y VIII del peritaje contable y del Anexo I del desarrollo analítico (conf. fs. 1980 —ap. 93, 94— y fs. 1980 vta. —ap. 95 y 96—), en tanto los antecedentes utilizados por el perito contador para dar cumplimiento al punto 27 del informe resultan inconsistentes. En efecto, en su contestación el experto contable refiere haber consultado “declaraciones juradas del impuesto a las ganancias, libros rubricados [y] documentación respaldatoria diversa” (conf. fs. 564 vta., pto. 27), elementos que por sus características resultan inhábiles para dar fe de los extremos en cuestión por tratarse, en el primer caso, de declaraciones unilaterales de la empresa actora y, en el segundo, de libros contables a los que les resultan aplicables las observaciones formuladas en los considerandos 5º y 6º de esta sentencia.

24) Que, por último, resulta inatendible el recurso interpuesto ante esta Corte respecto de la decisión del a quo que juzgó que los “adelantos transitorios” que la apelante alega haber recibido del Banco República —mediante acreditaciones en cuenta realizadas por esa entidad financiera frente a solicitudes de fondos efectuadas “según modalidades convenidas en cada caso, en Australes, a corto plazo y según tasas de mercado”— no se encontraban debidamente acreditados. Ello es así pues en este punto la apelante no formula, como es imprescindible, una crítica concreta y razonada del fundamento central desarrollado en las anteriores instancias, circunstancia que conduce a declarar la deserción del recurso, desde que las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados en la sentencia para llegar a la decisión impugnada (confr. art. 280, párrafo segundo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Fallos: 315:689; 316:157, entre muchos otros).

25) Que, en efecto, en su memorial de fs. 1959/1986 vta. la recurrente omite hacerse cargo debidamente del argumento central de este aspecto del rechazo del reconocimiento del quebranto por parte del ente recaudador —confirmado por el a quo— consistente en que el aporte de las solicitudes de crédito firmadas por Bidas Austral S.A. y los recibos extendidos por ésta última a los fines de documentar el ingreso de los fondos resultaban insuficientes para avalar el origen de la deuda, en tanto “si bien la cancelación se encuentra documentada ello no los libera de la obligación de probar su ingreso” (conf. fs. 1878, cons. V y 1879, cons. VI; conf. asimismo, act. adm., cuerpo de verificación —módulo 8, gastos financieros—, fs. 399). Al respecto, la representación de la empresa actora alega que el “argumento no tiene otro atributo que el de ser efectista” porque como “puede apreciarse en las explicaciones dadas por el perito al contestar el punto 23 de la pericia, la modalidad en virtud de la cual el banco otorgaba los créditos era su acreditación en la cuenta de la actora” (conf. fs. 1981/1981 vta. —ap. 100—). Este argumento no logra desvirtuar el razonamiento en que se sustenta lo decidido por las anteriores instancias, puesto que constituye una afirmación meramente dogmática que no aporta ningún elemento relevante que permita demostrar fehacientemente el alegado ingreso de los fondos en el patrimonio de la empresa actora, al no suministrarse concreta información relacionada con la efectiva recepción de esos fondos en alguna cuenta abierta a nombre de aquella (conf. fs. 975 vta., 3º y 4º párr.).

Por ello, se confirma la sentencia apelada en lo atinente a las cuestiones examinadas en los considerandos 5° a 23 de la presente; y se declara desierto el recurso con el alcance indicado en los considerandos 24 y 25. Con costas a la vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso de hecho interpuesto por **Bridas Austral S.A.**, representada por el **Dr. Luis A. Remaggi**.

Traslado contestado por el **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado por el **Dr. Fernando Sánchez Lorences**, con el patrocinio letrado del **Dr. Enrique Carballo**; y por el **Estado Nacional – Ministerio de Economía y Finanzas Públicas**, representado por la **Dra. Verónica Maiale**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Anunciación Irene Marziano**.

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

Intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, n° 11**.

**CAMARONERA PATAGONICA S.A. c/ MINISTERIO DE
ECONOMIA Y OTROS s/ AMPARO**

DERECHOS DE EXPORTACION

Cabe confirmar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las resoluciones 11/02 y 150/02 del entonces Ministerio de Economía e infraestructura -que ha establecido derechos de exportación del 10% y el 5% sobre las mercaderías que indica comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur- circunscribiéndose su invalidez al período comprendido entre su entrada en vigencia (5 de marzo de 2002) hasta el 24 de agosto de 2002, momento a partir del cual rige la ley 25.645, disposición que le otorga a su contenido rango legal, y tal invalidez -circunscripta a dicho período- determina su inaplicabilidad a la actora respecto de los alcances de la resolución 150/02 -estímulos a la exportación para quienes hayan cumplido sus obligaciones fiscales-, sin perjuicio del cumplimiento total de las restantes obligaciones fiscales derivadas de los restantes tributos nacionales.

-Voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda-

DERECHOS DE EXPORTACION

La ley 25.645 -aprobación de legislación delegada- carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable -como la resolución 11/02 del Ministerio de Economía e Infraestructura-, que estableció derechos de exportación del 10% y el 5% sobre las mercaderías que indica comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur; pero no existe razón alguna para privarla de efectos en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia, por lo cual su invalidez se circunscribe al período comprendido entre el 5 de marzo de 2002 (fecha en que entró en vigor) hasta el 24 de agosto de 2002, momento a partir del cual rige la ley 25.645, disposición que le otorga a su contenido rango legal.

-Voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda-

DERECHOS DE EXPORTACION

La resolución 11/02 -Ministerio de Economía- que dispuso un derecho de exportación del 5% para todas las mercaderías comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM), que se elevaba al 10% para aquellas expresamente mencionadas en seis planillas anexas, estableciendo que tal derecho se adicionaba a los que ya estuvieran vigentes, sea con carácter transitorio o permanente, se trata de un tributo cuya definición puede comprenderse en el art. 724 del Código Aduanero, en tanto grava el hecho de la exportación misma de la mercadería, para consumo, involucrando una carga pecuniaria coactiva para el sujeto pasivo que realice la acción gravada prevista por la norma, con destino a las arcas públicas.

-Voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda-

DERECHOS DE EXPORTACION

La resolución 11/20 -que estableció derechos de exportación del 10% y el 5% sobre las mercaderías que indica comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur- tenía un defecto de origen y resultaba irrita 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, toda vez que en relación al mecanismo de la delegación legislativa, cabía concluir en que el Poder Ejecutivo no podía establecer los elementos estructurales del tributo, pues era un área en la que el Congreso debía adoptar decisiones precisas y completas, fijando una “clara política legislativa” a fin de que el Poder Ejecutivo reglamente los pormenores de la ley en cuestión.

-Voto del juez Zaffaroni-

DERECHOS DE EXPORTACION

Los derechos de exportación establecidos en la resolución 11/02 del Ministerio de Economía revisten los caracteres de un tributo en los términos de los arts. 4º y 17 de nuestra Constitución Nacional, 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, definiendo la norma 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.

-Voto del juez Zaffaroni-.

IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES

La prohibición que establece el principio de legalidad tributaria rige también para en el caso que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto en el art. 76 de la Constitución Nacional, pues ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo, ya que no caben dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.

-Voto del juez Zaffaroni-.

DERECHOS DE EXPORTACION

Del análisis del texto de la resolución 11/02 del Ministerio de Economía surge que -a los fines de cuantificar la base imponible del tributo- es necesario recurrir indefectiblemente a su articulado, toda vez que, es aquella quien establece un derecho del 5% a la exportación para consumo de las mercaderías comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur (N.C.M.) y un derecho del 10% a la exportación para consumo de las mercaderías que integren las 6 planillas anexas (arts. 1º y 2º) y no el Congreso de la Nación, a través del dictado de una ley como lo exige la Constitución Nacional y toda la jurisprudencia de la Corte.

-Voto del juez Zaffaroni-.

DERECHOS DE EXPORTACION

La resolución ministerial n° 11/02 -que estableció derechos de exportación del 10% y el 5% sobre las mercaderías que indica comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur-, es inválida ya que ninguna de las leyes enunciadas podría ser invocada como una ratificación o aprobación retroactiva, puesto que aquélla es inválida desde sus orígenes y frente a un universo heterogéneo de normas que ni siquiera son identificadas en forma alguna, la mención del legislador en el sentido de aprobar la totalidad de la legislación delegada aparece poco propicia para derivar de ella que se ha querido avalar el contenido de dicha resolución, máxime cuando se trata de una materia ajena a las mencionadas en el art. 76 de la Constitución Nacional, y la propia ley 26.519 puso en evidencia que, pese a haber transcurrido más de diez años desde el vencimiento del plazo de cinco años que el convencional le concedió al Congreso para expedirse, éste ni siquiera ha logrado establecer cuáles son las leyes que delegan facultades, cuáles se encuentran vigentes, modificadas, derogadas o son de objeto cumplido, ni si las materias se corresponden con lo regulado en aquéllas cláusula constitucional, razón por la que se decidió crear en el seno del Poder Legislativo una comisión bicameral especial con el fin de revisar, estudiar, compilar y analizar la totalidad de la legislación delegante preexistente.

-Disidencia de los jueces Petracchi y Argibay-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 180/184, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar de Plata, al revocar lo decidido por la instancia anterior (fs. 150/152 vta.), resolvió hacer lugar a la acción de amparo instaurada por Camaronera Patagónica S.A. y declaró la inconstitucionalidad e inaplicabilidad a la actora de las resoluciones 11/02 y 150/02 del –entonces- Ministerio de Economía.

Adujo que el art. 76 de la Constitución Nacional prohíbe la delegación legislativa, de manera general, admitiéndola en supuestos tasados, esto es en materia de emergencia pública y de administración. A su vez, el inc. 3º de su art. 99 veda terminantemente al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, aunque también reconoce excepciones al permitir el

dictado de decretos de necesidad y urgencia cuando se den determinadas condiciones, excluyendo de ellas la materia tributaria.

Expresó, al hilo de estos razonamientos, que la interpretación en esta materia ha de ser estricta, para preservar la división de competencias entre los poderes del Estado.

Sostuvo que, en la especie, la resolución 11/02 posee indudable naturaleza impositiva y por ende su dictado controvierte el principio de legalidad en materia tributaria.

Por otra parte, como cuestión de carácter formal, indicó que en todo caso la delegación —en la hipótesis de que estuviese permitida— ha de ejercerse por el Poder Ejecutivo mediante decretos, y no por un ministro mediante resoluciones. Es así que, además, esta subdelegación resulta inadmisibles tras la reforma constitucional de 1994, puesto que el art. 100, inc. 12, de la Carta Magna prevé a los primeros como norma específica para tal supuesto.

De igual modo, examinó la cuestión desde la perspectiva de la delegación impropia, a la luz de la doctrina de V.E., para indagar si el mentado reglamento se ajusta al marco regulatorio delimitado por el Congreso, para concluir nuevamente en que resulta violatorio de elementales consideraciones del principio de reserva de ley, sin que el interés público invocado por la Aduana en el establecimiento de las retenciones sea motivo suficiente para salvar su inconstitucionalidad.

- II -

La AFIP presentó el recurso extraordinario glosado a fs. 187/194.

Señaló, en primer término, que la ley 25.561 se ajusta a los preceptos del art. 76 de la Ley Fundamental y que, por ende, da suficiente cobertura al reglamento atacado, puesto que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa y cambiaria, en un marco de fuerte deterioro de los ingresos fiscales y de una enorme necesidad de asistir a los sectores más desprotegidos de la población. Se trata, adujo, de un caso de delegación impropia, ajustado por demás a los límites de una pacífica y antigua jurisprudencia de la Corte.

Por otra parte, el art. 755 del Código Aduanero faculta al Poder Ejecutivo a gravar con derechos de exportación las mercaderías, para el cumplimiento de ciertos fines que él contempla, sean recaudatorios o de otro tipo. En tales circunstancias, indicó que el acto atacado por la actora no luce como manifiestamente ilegítimo, circunstancia que obsta a la vía intentada. De forma similar, añadió que no se ha acredi-

tado la inexistencia de otras vías que resulten más aptas, y que para la resolución del pleito es preciso un ámbito de mayor debate y prueba.

Puntualizó luego que no hay norma que prohíba al Poder Ejecutivo, a su turno, delegar sus funciones —sean originarias o no— en los departamentos de Estado que lo integran, ya que son de aplicación a su respecto los postulados del art. 19 de la Constitución Nacional, en tanto puede realizar todo aquello que no le está expresamente prohibido.

- III -

A mi modo de ver, la apelación extraordinaria es formalmente admisible, toda vez que en el *sub lite* el superior tribunal de la causa ha declarado la invalidez constitucional de las resoluciones 11/02 y 150/02, del Ministerio de Economía, que poseen naturaleza federal (art. 14, inc. 3º de la ley 48).

- IV -

Tal como quedó expuesto, y dentro de un orden lógico, el primer agravio de la demanda finca en sostener la improcedencia de la vía escogida por la actora, y sobre la cual el *a quo* estimó que resultaba apta.

Con respecto a la procedencia formal del amparo, como camino para articular la defensa de derechos cuya lesión se arguye, cabe recordar que la Corte ha declarado, reiteradamente, que tal acción constituye un remedio de excepción y es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere amplitud de debate y de prueba. Dichos extremos, cuya demostración es decisiva para su procedencia, V.E. los ha calificado de imprescindibles (doctrina de Fallos: 319:2955 -con sus citas-; 321:1252 y 323:1825, entre otros).

Por eso, la existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos: 303:419 y 422), regla que ha sustentado la Corte cuando las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (doctrina de Fallos: 303:422).

En este mismo orden de ideas, el Tribunal ha señalado, al delimitar la acción prevista en la ley 16.986, que si bien ella no es excluyente de

las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta a aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (Fallos: 307:178).

La doctrina sobre el alcance y el carácter de esta vía excepcional no ha sido alterada por la reforma constitucional de 1994, al incluirla en el art. 43, pues cuando éste dispone que “*toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo*”, mantiene el criterio de excluir dicha vía en los casos que por sus circunstancias requieran mayor debate y prueba y, por tanto, sin que se configure la “*arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*” en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración, como se dijo, es imprescindible para la procedencia de esa acción (Fallos: 306:788; 319:2955; 323:1825 y G.1400, L.XL “Gianola, Raúl Alberto y otros c/ Estado Nacional y otros”, del 15 de mayo de 2007, con remisión al dictamen de este Ministerio Público, entre otros).

Por otra parte, desde antiguo la Corte ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 324:920, entre muchos otros); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 321:441), principio que debe aplicarse con criterio estricto cuando la inconstitucionalidad se plantea por la vía excepcional de la acción de amparo y la arbitrariedad e ilegalidad invocada requiere de actividad probatoria significativa, precisamente por no ser manifiesta.

Pues bien, sobre la base de tales pautas interpretativas, estimo que es importante no olvidar que la presente acción fue instaurada con el objeto de impugnar de manera conjunta ambas resoluciones del Ministerio de Economía, tanto la 11/02 como la 150/02. Ello surge claramente del planteamiento realizado por la actora, donde precisa que la impugnación de ambas resoluciones debe operarse en forma conjunta y simultánea, puesto que “la sola suspensión en la aplicación de la resolución 11/02 como se pide, ocasionaría indirectamente a mi mandante un grave y trágico perjuicio económico si no se complementa con la no aplicación de la resolución 150/02” (ver fs. 21 vta. y 22).

En resumen, la actora plantea su imposibilidad de pagar las sumas exigidas en concepto de derechos de exportación regulados por la resolución 11/02, cuya constitucionalidad impugna (conducta que, sin embargo, dice haber realizado hasta marzo de 2003; ver sus afirmaciones a fs. 16 vta.), debido únicamente a que el Fisco no cumple con la obligación de devolverle una serie de reembolsos y reintegros a la exportación, en virtud de lo ordenado por el otro reglamento cuestionado.

Por su parte, la resolución 150/02, en prieta síntesis, establece que la AFIP sólo dará curso a los pedidos de pago de los estímulos a la exportación en el caso de que los exportadores solicitantes “hayan dado cumplimiento a la totalidad de las obligaciones fiscales derivadas de tributos nacionales, incluidas las de los Recursos de la Seguridad Social y de planes de facilidades de pago, cuya recaudación se encuentre a cargo de ese Organismo” (art. 1º).

Resulta indudable que esta resolución continúa con la política adoptada mediante su similar 325/96, en cuanto en ella se tuvo en cuenta la lucha contra la evasión tributaria, y se consideró muy especialmente que en muchos casos los exportadores cuyas operaciones estaban beneficiadas con estímulos a la exportación, a la vez, resultaban deudores por IVA y otros tributos, cuyo pago demoraban o directamente omitían, a pesar de instar el pago de los mentados beneficios, y percibirlos. Así, basándose en elementales consideraciones de justicia y equidad, se condiciona la percepción de los beneficios al hecho de tener en claro la situación tributaria del requirente.

Así las cosas, tengo para mí que este reglamento no padece una ilegitimidad o arbitrariedad “manifiestas”, toda vez que, en principio, establece como requisito para el pago de acreencias de los particulares que éstos estén al día con el cumplimiento de sus obligaciones fiscales respectivas. No parece irrazonable, y máxime dentro del marco cognoscitivo que implica la vía propuesta por la actora, que el Estado proteja el erario público impidiendo el pago de sumas por él debida a quienes, a su vez, resultan deudores que aún no han cancelado sus obligaciones tributarias.

Si bien tal aspecto podría hipotéticamente llegar a ser controvertido en algún caso, no parece ser ésta la hipótesis planteada por la amparista. En efecto, ella únicamente tacha de inconstitucional la resolución 150/02, arguyendo que le ha sido aplicada exclusivamente -según sus dichos- al no haber dado cumplimiento a los pagos devengados en virtud de la otra resolución y, consecuentemente, se la ha suspendido también en el registro de exportadores.

Así las cosas, estimo que ello no basta para derribar la presunción de legitimidad de que goza el reglamento de mentas, puesto que la actora no demostró, como estimo que le era debido, que está al día con el pago de todas las demás obligaciones para con el sistema tributario nacional cuya recaudación corresponde a la AFIP.

En efecto, según observo la presente causa aparece huérfana de toda constancia al respecto y, más aún -y ello parece fundamental- la demandante no ha aportado copia alguna como prueba documental (ni la denunció en poder de la contraria; arg. arts. 333, 388 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) del acto concreto que estableció la aplicación de la resolución impugnada y a raíz del cual fue suspendida en el registro de exportadores, como lo denuncia a fs. 19 vta.

En tales condiciones -y sin que esto signifique adelantar una opinión sobre el fondo del asunto, que por lo que llevo dicho no puede ser analizado en esta causa-, considero que asiste razón a la recurrente cuando afirma que la vía utilizada por los actores para cuestionar la resolución 150/02 es improcedente, porque -como quedó dicho- no se ha demostrado que aquélla adolezca de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta. Es decir que, en principio, dicho acto no se presenta como manifiestamente ilegítimo o totalmente desprovisto de sustento normativo, al menos con el grado que requiere la acción de amparo para admitir su cuestionamiento por esta vía.

Y tal conclusión, por la forma en que la actora ha dejado planteada su pretensión, ha de repercutir inevitablemente en la consideración aquí de la resolución 11/02, toda vez que esa parte pretende la declaración conjunta de inconstitucionalidad, desinteresándose de un resultado que parcialmente nulificara ésta pero dejase subsistente la anterior. En tales condiciones, entiendo que deviene inoficioso entrar a conocer sobre la inconstitucionalidad pretendida a su respecto.

- V -

Por lo expuesto, considero que corresponde revocar la sentencia apelada y desestimar el amparo, sin que resulte necesario examinar los restantes agravios de la apelante, ya que ello deviene inoficioso frente a la solución que se propone ni por ende, entrar a valorar la validez constitucional de la resolución 11/02. Buenos Aires, 01 de abril de 2008. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de abril de 2014.

Vistos los autos: “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo”.

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, al revocar la sentencia de primera instancia, resolvió hacer lugar a la acción de amparo instaurada por Camaronera Patagónica S.A. y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad e inaplicabilidad a la actora de las resoluciones 11/02 y 150/02 del —entonces— Ministerio de Economía e Infraestructura.

Para así decidir, adujo que el art. 76 de la Constitución Nacional prohíbe la delegación legislativa, de manera general, admitiéndola en supuestos puntuales, esto es, en materia de emergencia pública y de administración. A su vez, señaló que el art. 99, inc. 3º, veda terminantemente al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, aunque también reconoce excepciones al permitir el dictado de decretos de necesidad y urgencia cuando se den determinadas condiciones, excluyendo de ellas la materia tributaria.

Expresó que, para preservar la división de competencias entre los poderes del Estado, la interpretación en esta materia ha de ser estricta.

Sostuvo que, en la especie, la resolución 11/02 posee indudable naturaleza impositiva y por ende su dictado controvierte el principio de legalidad en materia tributaria.

Por otra parte, como cuestión de carácter formal, señaló que en todo caso la delegación —en la hipótesis de que estuviese permitida— ha de ejercerse por el Poder Ejecutivo mediante decretos, y no por un ministro mediante resoluciones. Asimismo, agregó que esta subdelegación resulta inadmisibles tras la reforma constitucional de 1994, puesto que el art. 100, inc. 12, de la Carta Magna prevé a los primeros como norma específica para tal supuesto.

De igual modo, examinó la cuestión desde la perspectiva de la delegación impropia a efectos de indagar si el mentado reglamento se ajusta al marco regulatorio delimitado por el Congreso, para concluir nuevamente en que resulta violatorio de elementales consideraciones del principio de reserva de ley, sin que el interés público invocado por la Aduana en el establecimiento de las retenciones sea motivo suficiente para salvar su inconstitucionalidad.

2º) Que contra esa decisión la AFIP presentó el recurso extraordinario glosado a fs. 187/194, que fue concedido por el a quo.

Señalo, en primer término, que la ley 25.561 se ajusta a los preceptos del art. 76 de la Ley Fundamental y que, por ende, da suficiente cobertura al reglamento atacado, puesto que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa y cambiaria, dictada en un marco de fuerte deterioro de los ingresos fiscales y de una enorme necesidad de asistir a los sectores más desprotegidos de la población. Se trata, adujo, de un caso de delegación impropia, ajustado por demás a los límites de una pacífica y antigua jurisprudencia de la Corte.

Por otra parte, destacó que el art. 755 del Código Aduanero faculta al Poder Ejecutivo a gravar con derechos de exportación las mercaderías, para el cumplimiento de ciertos fines que él contempla, sean recaudatorios o de otro tipo. En tales circunstancias, indicó que el acto atacado por la actora no luce como manifiestamente ilegítimo, circunstancia que obsta a la vía intentada. De forma similar, añadió que no se ha acreditado la inexistencia de otras vías que resulten más aptas, y que para la resolución del pleito es preciso un ámbito de mayor debate y prueba.

Puntualizó luego que no hay norma que prohíba al Poder Ejecutivo, a su turno, delegar sus funciones —sean originarias o no— en los departamentos de Estado que lo integran, ya que son de aplicación a su respecto los postulados del art. 19 de la Constitución Nacional en tanto puede realizar todo aquello que no le está expresamente prohibido.

3º) Que, por razones de orden lógico, corresponde examinar en primer término el agravio de la demandada vinculado con la improcedencia de la vía escogida para debatir la cuestión planteada.

Es indudable que dicho agravio remite al estudio de cuestiones de orden procesal, las cuales quedan fuera de la órbita del recurso extraordinario, aun cuando estén regidas por normas federales sin que, en la presente causa, se dé alguno de los supuestos en que cabe hacer excepción a este principio.

En efecto, los argumentos de orden fáctico y procesal esgrimidos por la apelante no tienen entidad suficiente para refutar los fundamentos dados por el a quo, ni para dilatar el control de constitucionalidad que constituye la primera y principal misión de este Tribunal (conf. Fallos: 318:1154; 323:2256; 326:4251), máxime cuando el amparo resulta admisible si su empleo no ha reducido las posibilidades de defensa de la demandada en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba (Fallos: 320:1339).

En tales condiciones, y dado que la apelante no ha señalado, ni mucho menos demostrado, la existencia de pruebas de que se haya querido valer y que por las características sumarias del amparo se ha visto frustrada de producir en apoyo del derecho que invoca, la remisión a un procedimiento ordinario —como lo pretende esa parte— solo constituiría un ritualismo inútil.

4º) Que sin perjuicio de lo señalado y en lo atinente a los restantes agravios de la demandada, el recurso extraordinario resulta formalmente admisible ya que se encuentra controvertido el alcance de normas de naturaleza federal —leyes 22.415 y 25.561, y resolución 11/02 del Ministerio de Economía-, y la decisión del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Asimismo, cabe recordar que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457 y 315:1492, entre muchos otros).

5º) Que con fundamento, entre otras normas, en lo previsto por las leyes 22.415 (Código Aduanero) y 25.561 (de emergencia pública y reforma del régimen cambiario), la resolución 11/02 del —entonces— Ministerio de Economía fijó ciertos “derechos a la exportación” para consumo, a determinadas mercaderías, identificadas éstas según la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM).

En sus considerandos se hizo mención al contexto económico reinante al momento de su dictado (4 de marzo de 2002), caracterizado por un pronunciado deterioro de los ingresos fiscales y una creciente demanda de asistencia por parte de los sectores de población menos favorecidos del país.

Asimismo, se indicó que se trataba de una medida transitoria, que tomaba en cuenta el efecto de las modificaciones cambiarias acaecidas, a fin de no descuidar su impacto sobre los precios internos, en especial sobre aquéllos vinculados con los productos de la canasta familiar.

De esta forma, la citada resolución dispuso un derecho de exportación del 5% para todas las mercaderías comprendidas en la referida nomenclatura, que se elevaba al 10% para aquellas expresamente mencionadas en seis planillas anexas (arts. 2º y 1º, respectivamente). Asimismo, estableció que este derecho se adicionaba a los que ya estuvieran vigentes, sea con carácter permanente o transitorio (art. 4º).

6º) Que a efectos de una adecuada solución de la controversia resulta imprescindible remarcar la indudable naturaleza tributaria de este derecho de exportación.

En efecto, se trata de un tributo cuya definición puede comprenderse en el art. 724 del Código Aduanero, en tanto grava el hecho de la exportación misma de la mercadería, para consumo, involucrando una carga pecuniaria coactiva para el sujeto pasivo que realice la acción gravada prevista por la norma, con destino a las arcas públicas.

La citada norma define un presupuesto de hecho que al verificarse en la realidad del caso concreto da origen a la obligación de ingresar al erario público una suma de dinero, en las condiciones que establece el texto legal. Tal obligación tiene por fuente un acto unilateral del Estado —justificado por el poder tributario que la Constitución Nacional le otorga al Congreso—, y su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia (Fallos: 318:676).

Sobre este último aspecto, el Tribunal ha sostenido que no existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos

a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones, puesto que los tributos no son obligaciones que emerjan de los contratos sino que su imposición y su fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596; 318:676, entre otros).

Por lo demás, corresponde recordar que la naturaleza tributaria de los derechos de exportación fue reconocida desde hace mucho tiempo y quedó expuesta con total nitidez durante los debates de la Convención Nacional Constituyente ad hoc de 1860 (cfr. De Vedia y Mitre, Mariano, *El Régimen tributario de la Argentina*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1925, p. 311 y ss.).

7º) Que cabe destacar que en el Código Aduanero se recogió la posibilidad de que este tipo de gravámenes sea establecido no solo con finalidad recaudatoria, es decir, para nutrir el erario público, sino también con el objeto de cumplir con los demás fines estatales, de manera directa, como útil herramienta de política económica, social o monetaria (arg. art. 755, inc. 2º y sus apartados).

Esta caracterización del tributo como instrumento que no es pura o exclusivamente recaudatorio ha sido compartida por la jurisprudencia de esta Corte, cuando ha sostenido, desde antiguo, que el poder tributario —y con particular relevancia respecto de las gabelas sobre el comercio exterior— “tiende, ante todo, a proveer de recursos al Tesoro Público, pero constituye además, un valioso instrumento de regulación económica (...). Tal es la que esta Corte ha llamado ‘función de fomento y asistencia social’ del impuesto (...), que a veces linda con el poder de policía y sirve a la política económica del Estado, en la medida en que responde a las exigencias del bien común, cuya satisfacción ha sido prevista por la Ley Fundamental como uno de los objetos del poder impositivo (art. 67, inc. 2º). En este aspecto, las manifestaciones actuales de ese poder convergen hacia la finalidad primera, y ciertamente extra fiscal, de impulsar el desarrollo pleno y justo de las fuerzas económicas” (Fallos: 243:98; doctrina reiterada en los precedentes de Fallos: 289: 443; 314:1293 y 316:42, entre otros).

Las razones que se invocaron para dictar la resolución 11/02 se inscriben dentro de tal caracterización pues en los considerandos que precedieron a dicha norma se aludió al fuerte deterioro de los ingresos fiscales, pero también se señaló que dicha medida se justificaba en la

necesidad de atenuar el efecto de las modificaciones cambiarias sobre los precios internos, especialmente, en lo referente a los productos esenciales de la canasta familiar.

No obstante ello, corresponde reiterar que el “derecho” establecido por la resolución mencionada es por su naturaleza un tributo — específicamente, un impuesto—, más allá de los fines que con él se hayan querido lograr.

8º) Que la presente controversia hace necesario examinar la compatibilidad de las normas citadas con las que la Constitución Nacional ha fijado para el establecimiento de gravámenes.

Nuestra Ley Fundamental prescribe, de manera reiterada y como regla primordial, tanto en el art. 4º como en los arts. 17 y 52, que solo el Congreso impone las contribuciones referidas en el primero de ellos. Asimismo, este Tribunal ha expresado categóricamente 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, en forma concordante, ha afirmado en reiteradas oportunidades 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 y 263; 323:240, entre muchos otros).

Esta consolidada doctrina fue sostenida, sin grietas, aun en casos donde se cuestionó el establecimiento de un tributo, o su modificación o ampliación, mediante un decreto de necesidad y urgencia al afirmarse que la materia tributaria supone una limitación constitucional infranqueable para el Poder Ejecutivo, un valladar que no cede ni aún mediante decretos de la naturaleza señalada (Fallos: 318:1154; 319:3400 y 323:3770, entre otros). Tesitura que el constituyente de 1994 mantuvo, sin hesitaciones, al redactar el actual inc. 3º del art. 99 de nuestra Ley Fundamental.

La razón de ser de dicha limitación se funda en que la atribución de crear los tributos es la más esencial a la naturaleza del régimen representativo y republicano de gobierno (Fallos: 182:411). Como ha dicho este Tribunal, “al tratar la creación, el manejo y la inversión del

tesoro público, el constituyente confió al órgano más íntimo del país —según las palabras de Alberdi— la potestad de crear los recursos y votar los gastos públicos, en tanto que le confirió al Poder Ejecutivo la de recaudar y emplear aquellos recursos en los gastos designados”, agregando, también en conceptos del ilustre jurista citado que “ese modo de distribuir el poder rentístico fue tomado de Inglaterra y adoptado por Estados Unidos de América a fin de evitar que en la formación del tesoro sea ‘saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad personal’ e impedir, además, que en la elección y cantidad de los gastos se dilapide la riqueza pública” (Fallos: 321:2683).

En la fecha más reciente, esta Corte ha señalado que “el principio de legalidad o de reserva de la ley no es sólo una expresión jurídico formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes. En tal sentido, este principio de raigambre constitucional abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones especiales como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir, el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones (Fallos: 329: 1554).

9º) Que debe enfatizarse, de manera correlativa, que ese valladar inmovible que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución.

En efecto, este Tribunal también ha sido contundente al sostener sobre tal punto que “no puedan caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo” (Fallos: 326:4251).

Aun cuando se soslayase lo sostenido en dicho precedente, tampoco resultaría admisible el argumento que subyace en la defensa realizada por el ente fiscal, que consiste en sostener que la ley de emergencia 25.561 —y sus sucesivas prórrogas—, ha otorgado una delegación suficiente al Poder Ejecutivo para que, en el marco de la dolorosa situación de emergencia nacional por la que atravesó el

país, tomara una serie de medidas tendientes a terminar con esa situación, entre las cuales estaba la habilitación para que estableciese el tributo aquí cuestionado.

En efecto, ni la ley 22.415 ni mucho menos la 25.561 establecen, siquiera con mínimos recaudos, los elementos esenciales del tributo de que se trata.

Por una parte, la ley 25.561 solo contiene en su art. 5º, tercer párrafo, *in fine*, una previsión de creación de un derecho a la exportación de hidrocarburos, supuesto ajeno al de la especie cuya constitucionalidad no es objeto aquí de discusión. Pero, con la salvedad mencionada, no hay otra disposición en su articulado que permita establecer, con claridad y sin duda alguna, las pautas de la clara política legislativa a las cuales debe atenerse el Presidente. Es más, de su lectura no puede siquiera intuirse que el Poder Legislativo haya delegado en el Ejecutivo la posibilidad de crear este tipo de gravámenes, más allá de la admisibilidad constitucional de tal mecanismo, que como se señaló anteriormente debe ser enérgicamente rechazada.

En segundo término, corresponde detenerse en el Capítulo Sexto del Título II, de la Sección IX, del Código Aduanero, titulado “Tributos regidos por la legislación aduanera”, que prevé la existencia de derechos de exportación y regula aspectos atinentes a tal tipo de gravámenes, los arts. 733 y ss. establecen que el derecho de exportación puede ser *ad valorem* (es decir, de base imponible variable en función del valor de la mercadería) o bien específico (una cantidad determinada, fija o variable en función de la cantidad de mercadería que se exporte), pero para el caso en concreto aquí discutido, como puede observarse, no es el legislador quien ha determinado, de manera cierta e indudable, cuál es la forma de cuantificar la prestación, sino que ha de recurrirse necesariamente, a lo dispuesto por la resolución 11/02 mencionada.

En efecto, el Congreso Nacional no ha previsto cuál es la alícuota aplicable, ni siquiera mediante el establecimiento de unos baremos máximos y mínimos para su fijación. Al guardar silencio el citado cuerpo legal respecto de la alícuota máxima que puede establecerse en materia de derechos de exportación, coloca a la resolución impugnada a extramuros de las normas y principios constitucionales antes reseñados.

10) Que por la trascendencia de la materia debatida corresponde efectuar algunas consideraciones adicionales a efectos de precisar los alcances de la doctrina expuesta.

No puede soslayarse que los derechos aduaneros están íntimamente ligados a las continuas fluctuaciones que presenta el comercio internacional y, por dicha razón, en esta materia es indispensable contar con herramientas que permitan adecuar, en forma ágil, los instrumentos estatales de política económica a efectos de que, entre otros objetivos, puedan protegerse la producción local, los precios en el mercado interno o las condiciones de competitividad de nuestros bienes en el exterior. Como consecuencia de la mayor integración económica y del creciente comercio mundial, es imprescindible que el Estado pueda realizar, de manera oportuna, los ajustes que estime necesarios para conjurar los efectos que pueden tener en nuestro país las crisis financieras internacionales o bien para evitar que decisiones económicas adoptadas en otras naciones puedan repercutir negativamente en el ámbito interno.

Por ello, en el ámbito de los derechos aduaneros, cobra relevancia la doctrina según la cual “tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida” (Fallos: 246:345 y 328:940).

En el contexto detallado, resulta admisible que el Congreso atribuya al Poder Ejecutivo ciertas facultades circunscriptas, exclusivamente, al aspecto cuantitativo de la obligación tributaria, es decir, autoriza elevar o disminuir las alícuotas aplicables, siempre y cuando, para el ejercicio de dicha atribución, se fijen pautas y límites precisos mediante una clara política legislativa.

Cabe recordar que la interpretación de la Constitución Nacional debe hacerse de manera que sus limitaciones no lleguen a trabar el eficaz ejercicio de los poderes atribuidos al Estado a efecto del cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad (Fallos: 311:1617; 315:952; 327: 4376, entre otros).

En efecto, una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. En ese sentido ha observado también el Tribunal que la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución (Fallos: 332: 111).

Sin embargo, tal como se expuso en el considerando anterior, la resolución cuestionada no se ajusta a los parámetros señalados, pues el aspecto cuantitativo del derecho de exportación queda aquí completamente librado al arbitrio del Poder Ejecutivo.

11) Que todas las razones expuestas conducen indefectiblemente a declarar la invalidez de la resolución 11/02 del —entonces— Ministerio de Economía e Infraestructura.

Sin perjuicio de ello, es necesario traer a colación lo dispuesto en otras normas a fin de establecer con qué alcances debe declararse la mencionada invalidez.

En materia de delegación legislativa, los constituyentes de 1994, además de incorporar a nuestra Carta Magna el texto del actual art. 76, agregaron la cláusula transitoria octava, según la cual: “*La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley*”.

En el marco de dicha disposición constitucional, el Congreso Nacional dictó las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519, normas que tienen incidencia en la solución de esta controversia. Cabe destacar que —con excepción de la ley 26.519— las restantes leyes contienen una estructura similar ya que, por una parte, ratifican la totalidad de la delegación legislativa, por los plazos y en las condiciones que allí se

establecen (art. 1º) y, en lo que al caso interesa, aprueban la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994 (art. 3º).

En ese sentido, las leyes 25.918 y 26.135 fueron explícitas al aprobar la totalidad de la legislación delegada dictada entre determinados períodos, desde el 24 de agosto de 2002 hasta el 24 de agosto de 2004, y desde esa fecha hasta el 24 de agosto de 2006, respectivamente. La mencionada aprobación abarcó las normas dictadas entre las fechas en que concluía la ratificación de la delegación legislativa y la entrada en vigencia de cada una de esas dos leyes.

Por su parte, si bien las leyes 25.148 y 25.645 no establecieron concretamente cuál era el período que comprendía dicha aprobación, no se requieren mayores esfuerzos interpretativos para dilucidar ese punto.

Resulta nítido que la ley 25.148, al aprobar la “totalidad de la legislación delegada” (cfr. art. 3º), hizo referencia a las normas dictadas desde la sanción de la reforma constitucional y hasta la vigencia de dicha ley.

En consecuencia, no puede sino colegirse que la ley 25.645 al disponer en su art. 3º: “*Apruébase la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994*”, hace alusión a las normas dictadas hasta la fecha de su entrada en vigencia, hecho que aconteció el 24 de agosto de 2002.

Cabe recordar que en la tarea de interpretar la ley debe tenerse en cuenta el contexto general y los fines que la informan 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 las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma (Fallos: 329:2876, entre muchos otros). Asimismo, no es ocioso recordar que la interpretación debe evitar asignar a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras correspondiendo adoptar como verdadero el criterio que las concilie y obtenga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 315:2668; 316:1927, entre muchos).

Es evidente que los términos empleados por el legislador al sancionar la ley 25.645 constituyen una clara manifestación de su decisión política de ratificar la legislación delegada dictada hasta el 24 de agosto de 2002 (confr. Fallos: 331:1927, voto del juez Maqueda).

Esos términos representan, sin dejar lugar a duda, la voluntad expresa del Congreso Nacional en la materia y solo pueden ser interpretados en el sentido de que quiso conferir rango de ley al contenido de todas las normas delegadas dictadas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Si bien la decisión de ratificar en forma general un amplio y variado número de normas que abarcan diversas materias puede ser objetable desde el ángulo de la técnica legislativa, ello no resulta suficiente para privar de validez a la ley 25.645 y a aquellas que, con el mismo objetivo, la precedieron o sucedieron.

La circunstancia de que no se haya identificado en forma particular a cada una de las normas aprobadas no invalida a la ratificación, en tanto el universo de preceptos que el Congreso Nacional pretendió convalidar resulta determinable.

Por otra parte, una interpretación en sentido contrario al propuesto llevaría a sostener que la totalidad de la legislación delegada dictada con sustento en la legislación delegante preexistente a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 ha perdido su vigencia, vaciándose de contenido a las disposiciones del art. 3º de las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135.

Tal exégesis resulta inadmisibles pues no solo presume que el legislador sanciona cláusulas inútiles, pensadas para no tener efecto (arg. de Fallos: 311:460) sino que además contraría la clara intención del Congreso Nacional de privilegiar la seguridad jurídica, evitar vacíos legislativos y sanear, hacia el futuro, cualquier nulidad de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo u organismos de administración al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994.

En tales condiciones, corresponde señalar que la ley 25.645 carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que ado-

lece de nulidad absoluta e insanable —como la resolución 11/02 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura—, pero no existe razón alguna para privarla de efectos en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia (arg. de Fallos: 321:347, considerando 10).

Por ello, cabe aclarar que la invalidez de la mencionada resolución 11/02 se circunscribe al período comprendido entre el 5 de marzo de 2002 (fecha en que entró en vigor) hasta el 24 de agosto de 2002, momento a partir del cual rige la ley 25.645, disposición que le otorga a su contenido rango legal.

12) Que por su parte, la resolución 150/02 del entonces Ministerio de Economía dispuso que la Administración Federal de Ingresos Públicos solo dará curso a los pedidos de estímulos a la exportación correspondientes a aquellos exportadores que hayan dado cumplimiento a la totalidad de las obligaciones fiscales derivadas de tributos nacionales, incluidas las de los Recursos de la Seguridad Social y de planes de facilidades de pago (art. 1º).

En virtud de lo expuesto en los considerandos que anteceden, la invalidez de la resolución 11/02 —durante el período señalado— determina que dicha norma resulta inaplicable a la actora respecto de los alcances de la mencionada resolución 150/02, sin perjuicio, claro está, del cumplimiento total de las obligaciones fiscales derivadas de los restantes tributos nacionales.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandada y se confirma la sentencia apelada, en los términos y con los alcances que surgen de la presente decisión. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Mar del Plata, al revocar lo decidido por la instancia anterior (fs. 150/152 vta.), resolvió hacer lugar a la acción de amparo instaurada por Camaroneña Patagónica S.A. y declaró la inconstitucionalidad e inaplicabilidad a la actora de las resoluciones 11/02 y 150/02 del -entonces- Ministerio de Economía e Infraestructura (conf. sentencia de fs. 180/184).

Para así decidir adujo que el art. 76 de la Constitución Nacional prohibía la delegación legislativa, de manera general, admitiéndola en supuestos tasados, esto es en materia de emergencia pública y de administración. A su vez, señaló que el inc. 3° del art. 99 de la Constitución Nacional veda terminantemente al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, aunque también reconoce excepciones al permitir el dictado de decretos de necesidad y urgencia cuando se den determinadas condiciones, excluyendo de ellas la materia tributaria.

Expresó, al hilo de estos razonamientos, que la interpretación en esta materia debía ser estricta, para preservar la división de competencias entre los poderes del Estado.

Sostuvo que, en la especie, la resolución 11/02 poseía indudable naturaleza impositiva y por ende su dictado controvertía el principio de legalidad en materia tributaria.

Por otra parte, como cuestión de carácter formal, indicó que en todo caso la delegación -en la hipótesis de que estuviese permitida- debía de ejercerse por el Poder Ejecutivo mediante decretos, y no por un ministro mediante resoluciones. Asimismo, agregó que esta subdelegación resulta inadmisibles tras la reforma constitucional de 1994, puesto que el art. 100, inc. 12, de la Carta Magna prevé a los primeros como norma específica para tal supuesto.

De igual modo, examinó la cuestión desde la perspectiva de la delegación impropia para indagar si el mentado reglamento se ajustaba al marco regulatorio delimitado por el Congreso, para concluir nueva-

mente en que resultaba violatorio de elementales consideraciones del principio de reserva de ley, sin que el interés público invocado por la Aduana en el establecimiento de las retenciones sea motivo suficiente para salvar su inconstitucionalidad.

2°) Que contra esta decisión, la AFIP presentó el recurso extraordinario agregado a fs. 187/194, que fue concedido por el a quo en los términos que surgen del auto obrante a fs. 207/208 y su aclaratoria de fs. 212/212 vta.

3°) Que en sus agravios, la representante de la Administración Federal de Ingresos Públicos señaló, en primer término, que la ley 25.561 se ajusta a los preceptos del art. 76 de la Ley Fundamental y que, por ende, da suficiente cobertura al reglamento atacado, puesto que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa y cambiaria, en un marco de fuerte deterioro de los ingresos fiscales y de una enorme necesidad de asistir a los sectores más desprotegidos de la población. Se trata, adujo, de un caso de delegación impropia, ajustado por demás a los límites de una pacífica y antigua jurisprudencia de la Corte.

Por otra parte, destacó que el art. 755 del Código Aduanero faculta al Poder Ejecutivo a gravar con derechos de exportación las mercaderías, para el cumplimiento de ciertos fines que él contempla, sean recaudatorios o de otro tipo. En tales circunstancias, indicó que el acto atacado por la actora no luce como manifiestamente ilegítimo, circunstancia que obsta a la vía intentada. De forma similar, añadió que no se ha acreditado la inexistencia de otras vías que resulten más aptas, y que para la resolución del pleito es preciso un ámbito de mayor debate y prueba.

A continuación, puntualizó que no hay norma que prohíba al Poder Ejecutivo, a su turno, delegar sus funciones -sean originarias o no- en los departamentos de Estado que lo integran, ya que son de aplicación a su respecto los postulados del art. 19 de la Constitución Nacional, en tanto puede realizar todo aquello que no le está expresamente prohibido.

4°) Que no es materia de controversia que la actora -que es una empresa que se dedica a la captura, procesamiento y exportación de pescados (conf. fs. 7 y 14)- poseía, a la fecha de interposición de la de-

manda, una deuda con el Fisco Nacional en concepto de derechos de exportación implementados por la resolución 11/02 de U\$S 66.284,22 por el período comprendido entre los meses de marzo de 2003 y julio de 2003 (conf. certificación contable de fs. 1/2) y ciertos créditos a su favor en concepto de “reembolso a las exportaciones”, “reintegros de IVA” y “factor de convergencia” que totalizan la suma de U\$S 179.131,41 y \$ 428.132,01 (conf. certificación contable de fs. 3/4).

5°) Que, por razones de orden lógico, corresponde examinar en primer término el agravio del Fisco Nacional que cuestiona la improcedencia de la vía intentada para articular la presente acción.

En esa inteligencia, si bien es cierto que estos cuestionamientos remiten al estudio de temas relativos al derecho procesal, lo cierto es que, en el caso, carecen de entidad suficiente para refutar los fundamentos dados por la cámara, y para dilatar el control de constitucionalidad que constituye la primera y principal misión de este Tribunal (conf. Fallos: 318: 1154; 323:2256, entre otros), máxime cuando el amparo resulta admisible si su empleo no ha reducido las posibilidades de defensa del organismo recaudador en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba (doctrina de Fallos: 320:1339).

En orden a ello, y dado que el Fisco Nacional no señaló la existencia de las pruebas que pudo hacer valer y que por las características sumarias de este proceso se vio frustrado de producir en apoyo del derecho que invoca, la remisión a un proceso ordinario solo constituiría un ritualismo inútil.

6°) Que, no obstante lo señalado, el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, en razón de que se encuentra controvertido el alcance de normas de naturaleza federal –leyes 22.415 y 25.561, y resolución 11/02 del Ministerio de Economía- y la decisión del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

Que en ese contexto, cabe recordar que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de normas de carácter federal, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457 y 315:1492, entre muchos otros).

7°) Que habiendo desechado el agravio referente a la improcedencia de la vía intentada, y en forma previa a ingresar en el estudio del vinculado a la inconstitucionalidad de la resolución 11/2002, cabe recordar que dicha declaración “constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad o *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio a la que cabe acudir en primer lugar” (conf. causa C.2705.XLI “Consejo Profesional de Ingeniería Agronómica c/ Marini, Carlos Alberto s/ ejecución”, sentencia del 13 de mayo de 2008, y Fallos: 328:1416, entre muchos otros). En ese orden de ideas, se debe analizar el perjuicio concreto que la resolución 11/02 le causa a la actora, y discernir, en su caso, si sus términos afectan los derechos invocados por Camaronera Patagónica S.A. (expresados en su demanda de fs. 14/26), pues “nuestro sistema de control de constitucionalidad impide que se dicten sentencias cuyo efecto sea privar de valor *erga omnes* a las normas impugnadas” (Fallos: 314:1186, disidencia de los jueces Levene (h) y Barra), por lo que, lo que aquí se decida, resultará solamente aplicable a este caso particular.

8°) Que, previo a toda consideración, es preciso resaltar que la resolución aquí cuestionada –resolución 11/02- fue dictada con fundamento en el Código Aduanero y en la ley 25.561 (de emergencia pública y reforma del régimen cambiario) y que mediante ella se fijaron ciertos “derechos de exportación” para consumo respecto de determinadas mercaderías identificadas según la Nomenclatura Común del Mercosur.

En los considerandos de la aludida resolución, se hizo referencia al contexto económico reinante al momento de su dictado (4 de marzo de 2002) y se indicó que se trataba de una medida transitoria, que tomaba en cuenta el efecto de las modificaciones cambiarias que se habían suscitado a fin de no descuidar su impacto sobre los precios internos, en especial sobre aquéllos vinculados con los productos de la canasta familiar.

Así, la mencionada norma estableció un derecho de exportación del 5% para todas las mercaderías comprendidas en la aludida nomenclatura (art. 2°), que se incrementaba a un 10% para aquellas expresamente mencionadas en seis planillas anexas (art. 1°), adicionando este

derecho de exportación a los que ya estuviesen vigentes (art. 4° de la resolución 11/02).

9°) Que a fin de obtener una adecuada solución de la controversia, corresponde delimitar, en primer lugar, el ámbito jurídico donde se ubican los derechos de exportación implementados por la cuestionada resolución, para después examinar su naturaleza jurídica y, por último, pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

10) Que siguiendo el orden metodológico descrito en el considerando precedente, cabe recordar que nuestro país desde antaño consideró a los derechos de exportación como un recurso tributario de singular importancia para la conformación del Tesoro Nacional ya que “el poder impositivo tiende, ante todo, a proveer de recursos al tesoro público, pero constituye, además, un valioso instrumento de regulación económica que a veces linda con el poder de policía y sirve a la política económica del Estado, en la medida que corresponde a las exigencias del bien general, cuya satisfacción ha sido prevista en la Constitución como uno de los objetos del poder impositivo” (Fallos: 289:443). En efecto, los tributos “constituyen un valioso instrumento de regulación de la economía, complemento necesario del principio, con raigambre constitucional, que prevé atender al bien general (art. 67, inc. 2°, de la Constitución Nacional) al que conduce la finalidad de impulsar el desarrollo pleno y justo de las fuerzas económicas” (Fallos: 310:2443).

11) Que los recursos tributarios son aquellos que el Estado obtiene mediante el ejercicio de su poder de imperio, mediante leyes que crean obligaciones a cargo de sujetos en la forma y cuantía que dichas normas establezcan. La característica común de los recursos tributarios es su obligatoriedad por imperio de la ley, siendo ésta fuente de las obligaciones tributarias dentro del marco de las facultades y de los límites que establezca la Constitución.

12) Que los recursos públicos que conforman el Tesoro Nacional fueron establecidos en el art. 4° de la Constitución Histórica de 1853, en donde comenzó el diseño fiscal de nuestra Carta Magna. En él se plasmó que: “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones

que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”.

En este punto, cabe señalar que los derechos de exportación aplicados a los productos comercializados por la actora (pescados y crustáceos) representan -desde el año 2002 al 2012 inclusive- en promedio menos del 3%¹ del total percibido por dicho recurso tributario en cada uno de los años -de acuerdo a la incidencia de los valores que se consignan respecto del total derivado de las operaciones de exportación-², razón por la cual lo que aquí se resuelva respecto de la resolución 11/02, en definitiva, no debería repercutir significativamente macroeconómicamente en el país.

13) Que habiendo delimitado que los derechos de exportación forman parte de los recursos públicos del Estado, corresponde -a esta altura del análisis- examinar su naturaleza jurídica. En orden a ello, se estima conveniente realizar un estudio comparativo del instituto en cuestión, pues esta Corte ha señalado que es admisible que se recurra a la sabiduría que atesora el derecho comparado; pero, como enfatizó en esa oportunidad, este recurso a la sabiduría jurídica no implica la aplicación analógica ni supletoria de normas, sino que aquél se integra a través de la razón, el conocimiento y demás factores (doctrina de Fallos: 310:2478, disidencia del juez Fayt).

14) Que en esa línea de pensamiento, cabe traer a colación, en primer lugar, al Glosario de Términos de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) en donde se señala que los derechos de exportación “consisten en impuestos generales o especiales sobre mercancías o servicios cuyo pago es exigible cuando las mercaderías abandonan el territorio económico o cuando los servicios son provistos a no residentes”.

Por su parte, la Convención de Kyoto -Texto Revisado, en su Anexo

1 Cabe señalar que este porcentaje se obtuvo a través de una simple operación aritmética.

2 Confrontar sitio web del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. www.indec.mecon.gov.ar y estadísticas: a) Exportación por principales capítulos de la nomenclatura arancelaria. Años 2007-2012; b) Exportaciones según complejos exportadores. Años 2007-2012; y para las estadísticas de los años 2001 a 2006, el sitio web http://www.indec.mecon.ar/nuevaweb/cuadros/19/complejos_04_07.pdf

General, Capítulo II, Definiciones-, se refiere a los derechos de aduana definiéndolos juntamente con los impuestos como aquellos que son cobrados en conexión con la importación o exportación de mercancías.

Asimismo, la última edición del Diccionario de la Real Academia Española define al término “derecho” en su vigésima acepción como la “cantidad que se paga, con arreglo a arancel, por la introducción de una mercancía o por otro hecho consignado por la ley”.

15) Que, por otra parte, en diversos países del Latinoamérica se cataloga a los derechos de exportación como impuestos, resultando ser ésta, *prima facie*, una tendencia global de la región. En efecto, en primer lugar y debido a la enorme importancia jurídico-económica que reviste para nuestro país, conviene transcribir las disposiciones del art. 23 del Código Tributario Nacional Brasileño (ley 5172 del 25 de octubre de 1966) en donde se establece que “*O imposto, de competência da União, sobre a exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados tem como fato gerador a saída destes do território nacional*”³ (“El impuesto, de competencia del Estado Nacional, sobre la exportación, para el exterior, de productos nacionales o nacionalizados tiene como hecho imponible la salida de éstos del territorio nacional”).

En esta misma corriente de pensamiento, la República del Paraguay legisla en el art. 249 de su Código Aduanero (ley 2422) que “se entiende por tributo aduanero el monto de los gravámenes establecidos con motivo de la entrada y salida de mercaderías del territorio aduanero y comprende los impuestos, las tasas, sus accesorios, las sanciones pecuniarias y los demás gravámenes de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza”⁴.

Por su parte, la Ley General de Aduanas de Perú (Decreto legislativo 1053) señala en su capítulo de “Definiciones”, que los “Derechos arancelarios o de aduana” son “Impuestos establecidos en el Arancel de Aduanas a las mercancías que entren al territorio aduanero”⁵.

En la misma línea, la Ley General de Aduanas de Bolivia⁶ (ley 1990 con modificaciones ley 2492) señala en el artículo 8° que “los hechos

3 <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>

4 <http://www.aduana.gov.py/65-codigo-aduanero-y-sus-reglamentaciones.html>

5 <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/procedim/normasadua/gja-03.htm>

6 <http://www.aduana.gob.bo/Normas/TEXTORDLGA.pdf>

generadores de la obligación tributaria aduanera son: a) La importación de mercancías extranjeras para el consumo u otros regímenes sujetos al pago de tributos aduaneros bajo la presente Ley y b) La exportación de mercancías en los casos expresamente establecidos por Ley. El hecho generador de la obligación tributaria se perfecciona en el momento que se produce la aceptación por la Aduana de la Declaración de Mercancías”.

Siguiendo esa tendencia legislativa, también se enrola la legislación mexicana, al establecer en el artículo primero de su Ley Aduanera (publicada el 15 de diciembre de 1995 en el Diario Oficial de la Federación)⁷ que “Esta Ley, las de los Impuestos Generales de Importación y Exportación y las demás leyes y ordenamientos aplicables, regulan la entrada al territorio nacional y la salida del mismo de mercancías y de los medios en que se transportan o conducen, el despacho aduanero y los hechos o actos que deriven de éste o de dicha entrada o salida de mercancías”.

Asimismo, en el art. 53 de la Ley General de Aduanas (ley N° 7557) de la República de Costa Rica⁸ se expresa que “La obligación aduanera está constituida por el conjunto de obligaciones tributarias y no tributarias que surgen entre el Estado y los particulares, como consecuencia del ingreso o la salida de mercancías del territorio aduanero. La obligación tributaria aduanera es el vínculo jurídico que surge entre el Estado y el sujeto pasivo por la realización del hecho generador previsto en la ley y está constituida por los derechos e impuestos exigibles en la importación o exportación de mercancías. Salvo si se dispone lo contrario, se entenderá que lo regulado en esta Ley respecto del cumplimiento de la obligación tributaria aduanera, será aplicable a sus intereses, multas y recargos de cualquier naturaleza. Las obligaciones no tributarias comprenden las restricciones y regulaciones no arancelarias cuyo cumplimiento sea legalmente exigible” (reformado por art. 1° de la ley 8373 del 18 de agosto de 2003).

16) Que nuestro país no ha sido la excepción a esta tendencia legislativa, pese a que nuestro Código Aduanero no establece estos recursos públicos con la claridad con la cual los regula la legislación extranjera referida en el considerando anterior. En efecto, se registran

7 <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/12.pdf>

8 <https://www.hacienda.go.cr/NR/rdonlyres/7F869F85-38E3-4720-8643-E3B52EAC-4C3A/6909/LeyGeneraldeAduanas.htm>

antecedentes de la implementación de los derechos de exportación con anterioridad a la sanción del actual Código Aduanero (ley 22.415). En este sentido, el decreto ley 5168/58 autorizó al Poder Ejecutivo a establecer recargos transitorios a la importación y exportación de productos y “retenciones” temporales a la exportación de hasta un 25% del valor exportable. Posteriormente, el decreto 11.917/58, al modificar el mecanismo de regulación económica vigente, creó en relación a las exportaciones un sistema de retención de cambio que actuó como un gravamen, sin integrar propiamente el régimen de los impuestos aduaneros, el cual consistía en la apropiación por parte del Estado de una porción de las divisas obtenidas por la venta de mercaderías al exterior, el cual subsistió hasta su derogación por la ley 17.198.

Más tarde, en el año 1981, se sancionó el actual Código Aduanero, que refiere en la sección IX a los “Tributos regidos por la legislación aduanera” incluyendo aquí a los derechos de importación y exportación, tasas redistributivas de servicios y otros gravámenes de aplicación eventual.

17) Que el Código Aduanero regula los elementos estructurales de este tributo, pues los arts. 9º, 724 y 725 definen al hecho imponible y su aspecto material y temporal al señalar que el derecho de exportación grava la exportación para consumo, es decir, la extracción de cualquier mercadería del territorio aduanero por tiempo indeterminado. Por su parte, el aspecto subjetivo está regulado en los arts. 91, 777, 779, 781 y siguientes. Finalmente, en lo que se refiere al aspecto espacial, no hay dudas de que el hecho imponible se configura con la salida de la mercadería del territorio aduanero.

En conclusión, los componentes expuestos se corresponden con la estructura de un tributo, más precisamente con la de un impuesto. Esta precisión solo tiene valor descriptivo ya que lo determinante, a los efectos de ubicar al mecanismo fiscal dentro del ordenamiento jurídico, para así derivar de él las prerrogativas y límites del Estado, así como las obligaciones y derechos de los contribuyentes, es su naturaleza jurídica (Fallos: 212:393; 318:676). En efecto, los derechos de exportación se deben pagar en virtud de una ley que así lo establece, naciendo el hecho imponible cuando se produce la salida de la mercadería del territorio aduanero por tiempo indeterminado. En esa inteligencia, cabe recordar que esta Corte ha sostenido que no existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos

a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones, puesto que los tributos no son obligaciones que emerjan de los contratos sino que su imposición y su fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596; 318:676, entre otros).

18) Que en línea con lo anterior, esta Corte consideró a las cargas establecidas en el Código Aduanero o asuntos vinculado a él, como “tributos” y cuestiones referidas a “materias impositivas” o que involucren un “tratamiento tributario” (conf. Fallos: 321:1792 y 324:187, entre otros).

19) Que bajo las premisas referidas en los considerandos precedentes, corresponde concluir, sin hesitación, en que los derechos de exportación establecidos en la resolución 11/02 revisten los caracteres de un tributo en los términos de los arts. 4° y 17 de nuestra Constitución Nacional, 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 8°).

20) Que en esa inteligencia, y esclarecido que los recursos tributarios están conformados –entre otros- por los derechos de exportación y éstos revisten evidente naturaleza tributaria, corresponde realizar el control de constitucionalidad de la resolución 11/02 que –en el caso particular- estableció un derecho de exportación para la actividad pesquera que realiza la actora. Ello así, porque el principio de legalidad tributaria comprende al género, y por ello es aplicable a todas sus especies.

21) Que en este orden de ideas, cabe adelantar que la norma impugnada tiene un defecto de origen y 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 (conf. autos C.524.XLIII. “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).

En esa inteligencia, cabe recordar que nuestra Constitución Nacional establece, de manera reiterada y como regla fundamental, tanto en el art. 4° como en los arts. 17 y 52, que solo el Congreso impone las contribuciones referidas en el primero de ellos. En tal sentido, esta Corte ha señalado reiteradamente 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, concordemente 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).

22) Que así, cabe recordar que, en materia impositiva, nuestra Constitución Nacional ha delimitado las atribuciones exclusivas y excluyentes al Congreso de la Nación, al establecer el principio “*nullum tributum sine lege*”, “*no taxation without representation*”, “no hay tributo sin ley previa” –contemplado en el art. 17 de la Constitución– que prohíbe al Ejecutivo toda posibilidad de crear impuestos, tasas o contribuciones, como a la modificación de los elementos esenciales que lo componen: hecho imponible, alícuota, base de cálculo, sujetos alcanzados y exentos.

En este sentido, cabe recordar que la ley, que es producto de la voluntad general, es la única fuente de las obligaciones tributarias, pues la competencia del Congreso es exclusiva en la materia, no puede ser ejercida por ninguno de los otros dos Poderes, ni siquiera en situaciones de emergencia.

En orden a ello, cabe puntualizar que esta Corte ha reconocido que la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear los tributos necesarios para la existencia del Estado, es la más esencial a la naturaleza y objeto del régimen representativo republicano de gobierno; y que el cobro de un impuesto sin ley que lo autorice, es un despojo que viola el derecho de propiedad (Fallos: 214:269; 206:21; 251:7).

23) Que por otra parte, debe enfatizarse que la prohibición que establece el principio de legalidad tributaria rige también para en el caso que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto en el art. 76 de la Constitución Nacional, pues “ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo” (Fallos: 319:3400; 326:4251), ya que “no caben dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo” (Fallos: 326:4251, considerando 8°).

24) Sobre este punto -la delegación legislativa- resulta interesante realizar un somero estudio de la cuestión en el derecho comparado. En este sentido, art. 7° del Código Tributario de Brasil establece que la competencia tributaria es indelegable, salvo las funciones de recaudación y fiscalización, a contraposición de la Constitución italiana que sí lo permite. En efecto, la Carta Magna de ese país establece en sus arts. 76 y 77 que “No se podrá delegar al Gobierno el ejercicio de la función legislativa si no especificando los principios y criterios directivos y únicamente por plazo limitado y para asuntos determinados” y que “No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y urgencia, el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes”⁹.

Por último, y a modo de ejemplo, en México, la delegación de facultades en el Presidente era una tradición, no obstante lo cual, los actuales arts. 29 y 131 de la Constitución de ese país, establecen que ello solo puede realizarse en casos de graves perturbaciones sociales. Así el art. 29, en lo que al caso interesa, señala que “los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez”. Por su parte, el art. 131 resalta que “Es facultad privativa de la Federación gravar

9 <http://www.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>

las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aún prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer, ni dictar, en el Distrito Federal, los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del art. 117. El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida”¹⁰.

25) Que en lo relativo a la materia analizada en el considerando anterior, nuestro país posee una vasta jurisprudencia al respecto. En efecto, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, existieron numerosos precedentes que abordaron el tema. Cronológicamente, el primero de los pronunciamientos relevantes fue el caso “Delfino” (Fallos: 148:430) en donde la Corte señaló que “hay delegación de facultades cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona, descargándolo sobre ella”, puntualizando –en base a la doctrina norteamericana– que “el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido conferidos”. Allí también se destacó que “existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun en aquellos países en que, como en los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución” (Fallos: 148:430).

Por último, en el referido precedente, se concluyó en el considerando 12 en que “cuando el Poder Ejecutivo es llamado a ejercitar sus

10 <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

poderes reglamentarios en presencia de una ley que ha menester de ellos, lo hace no en virtud de una delegación de atribuciones legislativas, sino que lo hace a título de una facultad propia consagrada por el art. 86, inc. 2°, de la Constitución, y cuya mayor o menor extensión queda determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo” (Fallos: 148:430).

Esta doctrina se mantuvo incólume en los precedentes “Mouviel” donde sucintamente se dijo que “(e)n el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución (art. 1°) y que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables. Tampoco al Poder Ejecutivo le es lícito, so pretexto de las facultades reglamentarias que le concede el art. 86, inc. 2° de la Constitución Nacional, sustituirse al legislador y por supuesta vía reglamentaria dictar, en rigor, la ley previa que requiere la garantía constitucional del art. 18 de la Constitución” (Fallos: 237:636), criterio que fue reiterado en numerosos precedentes (Fallos: 246:345; 280:25; 307:1643 y 316: 2624).

Por su parte, en materia tributaria y aduanera, su complejidad técnica, la naturaleza variable y la necesidad de rápidas respuestas que requiere el comercio internacional, hizo aconsejable que tales cuestiones no queden sometidas a las dilaciones propias del trámite parlamentario. En ese contexto, el Tribunal analizó las particularidades de cada ley que se sometió a su conocimiento a fin de determinar si existía una “política claramente establecida” que habilitase la delegación legislativa (conf. en tal sentido los precedentes “Pedro Inchauspe” — Fallos: 199:483—; “Laboratorios Anodia” —Fallos: 270:42—; “Conevial” —Fallos: 310:2193— entre otros).

A esta altura de los argumentos desarrollados, cabe concluir en que “la validez del reconocimiento legal de atribuciones libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, está condicionada a que la política legislativa haya sido claramente establecida, pues el órgano ejecutivo no recibe una delegación (en sentido estricto proscripta por los principios constitucionales) sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 86, inc. 2° de la Constitución Nacional) cuya mayor o menor extensión depende

del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo” (Fallos: 315:2530).

26) Que la reforma constitucional de 1994 reafirmó su intención de limitar el uso de las facultades legislativas del Poder Ejecutivo estableciéndolo en el art. 76, en la cláusula transitoria octava y en el artículo 99 inc. 3° de la Constitución Nacional. En efecto, esta Corte ha señalado –incluso en materia impositiva– que “El legislador puede conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de regular pormenores de la obligación tributaria, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida” (Fallos: 317:1282), pues “Los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76) autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo” (Fallos: 326:4251).

En este mismo sentido, el Tribunal recordó que “en materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida” (Fallos: 328:940).

27) Que reseñada la jurisprudencia del Tribunal en torno al mecanismo de la delegación legislativa, cabe concluir en que el Poder Ejecutivo no puede establecer los elementos estructurales del tributo, pues esta es un área en la que el Congreso debe adoptar decisiones precisas y completas, fijando una “clara política legislativa” a fin de que el Poder Ejecutivo reglamente los pormenores de la ley en cuestión.

28) Que en esa línea de pensamiento, corresponde rechazar el argumento que plantea el organismo recaudador, que consiste en sostener que con la mera invocación de la ley de emergencia económica 25.561, de la ley 22.415 –Código Aduanero– y de la ley de Ministerios, norma esta última en la que fundó la subdelegación, se ha otorgado una delegación suficiente al Poder Ejecutivo Nacional para que, en el marco de la emergencia económica que sufrió el país, tomara una serie de medidas tendientes a terminar con esa situación, entre las cuales estaba la implementación de los derechos de exportación establecidos en la resolución 11/02.

En efecto, ni la ley 22.415 ni la ley 25.561 establecen siquiera con mínimos recaudos los elementos esenciales de la gabela analizada.

En esa inteligencia, se advierte que la ley 25.561 solo contiene en su art. 5°, tercer párrafo in fine, una previsión de creación de un derecho a la exportación de hidrocarburos, supuesto ajeno al caso de autos y cuya constitucionalidad no es objeto de debate. En ese orden de ideas, tampoco se observa que existan las pautas de una clara política legislativa a las cuales debe atenerse el Presidente, sin tampoco poder divisar siquiera la intención de que el Poder Legislativo haya querido delegar en el Ejecutivo la posibilidad de establecer estos derechos de exportación.

Por otra parte, en lo atinente a la ley 22.415, cabe recordar que el art. 755 del referido cuerpo legal establece que: “En las condiciones previstas en este código y en las leyes que fueren aplicables, el Poder Ejecutivo podrá: a) gravar con derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería que no estuviere gravada con este tributo; b) desgravar del derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería gravada con este tributo; y c) modificar el derecho de exportación establecido”. Por otra parte, en el apartado segundo de ese artículo se señala que “Salvo lo que dispusieren leyes especiales, las facultades otorgadas en el apartado 1 únicamente podrán ejercerse con el objeto de cumplir alguna de las siguientes finalidades: a) asegurar el máximo posible de valor agregado en el país con el fin de obtener un adecuado ingreso para el trabajo nacional; b) ejecutar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior; c) promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o las especies animales o vegetales; d) estabilizar los precios internos a niveles convenientes o mantener un volumen de ofertas adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno; e) atender las necesidades de las finanzas públicas”.

De la transcripción precedente se colige que la autorización prevista en el art. 755 del referido cuerpo legal para gravar con derechos de exportación, desgravar, o alterar las prerrogativas establecidas -ya sea con finalidades fiscales o extra fiscales- ha sido otorgada únicamente bajo las condiciones previstas en el código y en las leyes que fueren aplicables.

A ello cabe agregar que de la Exposición de Motivos del Código Aduanero, surge que el artículo en cuestión prevé: “un régimen de base, que habrá de funcionar como supletorio de las disposiciones de coyuntura que al respecto se establecieron”, circunstancia ésta que no aconteció en el sub lite, toda vez que no se dio cumplimiento a los recaudos previstos por el art. 76 de la Constitución Nacional, esto es, el sujeto en el que debió recaer la delegación –Poder Ejecutivo-, y la necesidad de que la delegación legislativa contenga un plazo fijado para su ejercicio (art. 76 de la Constitución Nacional).

29) Que en virtud de las consideraciones precedentes, resulta claro que del análisis del texto de la resolución 11/02 surge que –a los fines de cuantificar la base imponible del tributo- es necesario recurrir indefectiblemente a su articulado, toda vez que, es aquella quien establece un derecho del 5% a la exportación para consumo de las mercaderías comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur (N.C.M.) y un derecho del 10% a la exportación para consumo de las mercaderías que integren las 6 planillas anexas (arts. 1° y 2°) y no el Congreso de la Nación, a través del dictado de una ley como lo exige nuestra Constitución Nacional y toda la jurisprudencia de esta Corte reseñada precedentemente.

30) Que en tales condiciones, cabe concluir en que el Congreso de la Nación –órgano encargado de establecer los tributos- no ha previsto cuál es la alícuota aplicable, ni siquiera mediante el establecimiento de parámetros mínimos y máximos para la fijación de los derechos de exportación. En consecuencia, el silencio del referido cuerpo legislativo respecto de la alícuota mínima y máxima que puede establecerse en materia de derechos de exportación aplicable a los productos comercializados por la actora, sella la suerte respecto de la constitucionalidad y validez de la resolución impugnada en tanto dejó librado al arbitrio del Poder Ejecutivo Nacional uno de los aspectos estructurales del tributo.

31) Que no obstante la aptitud dirimente de las consideraciones expuestas precedentemente para decidir la controversia en el sentido que se propicia, cabe aclarar que lo que aquí se resuelve no implica juicio de valor alguno respecto de las facultades establecidas en el art. 755 del Código Aduanero, inciso segundo, en tanto no se invocó ni demostró en el caso, con el rigor y la concreción que exigiría el sub examine, las implicancias que respecto de política económica se habrían

suscitado para dictar una medida como la aquí cuestionada, máxime teniendo en cuenta lo señalado en el considerando 12 *-in fine-*.

32) Que resta analizar las consecuencias que pudiera llegar a tener la cláusula transitoria octava para la decisión de la presente causa frente al dictado de sucesivas leyes que “ratificaron” o “aprobaron” normas delegadas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994.

En esa inteligencia, corresponde recordar que en materia de delegación legislativa, los constituyentes de 1994, además de incorporar a nuestra Carta Magna el texto del actual art. 76, agregaron la cláusula transitoria octava, según la cual: “*La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley*”.

En el marco de dicha disposición constitucional, el Congreso Nacional dictó las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519, normas que tienen incidencia en la solución de esta controversia. Cabe destacar que –con excepción de la ley 26.519– las restantes leyes contienen una estructura similar ya que, por una parte, ratifican la totalidad de la delegación legislativa, por los plazos y en las condiciones que allí se establecen (art. 1º) y, en lo que al caso interesa, aprueban la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994 (art. 3º).

En ese sentido, las leyes 25.918 y 26.135 fueron explícitas al aprobar la totalidad de la legislación delegada dictada entre determinados períodos, desde el 24 de agosto de 2002 hasta el 24 de agosto de 2004, y desde esa fecha hasta el 24 de agosto de 2006, respectivamente. La mencionada aprobación abarcó las normas dictadas entre las fechas en que concluía la ratificación de la delegación legislativa y la entrada en vigencia de cada una de esas dos leyes.

Por su parte, si bien las leyes 25.148 y 25.645 no establecieron concretamente cuál era el período que comprendía dicha aprobación, no se requieren mayores esfuerzos interpretativos para dilucidar ese punto.

Resulta nítido que la ley 25.148, al aprobar la “totalidad de la legislación delegada” (cfr. art. 3º), hizo referencia a las normas dicta-

das desde la sanción de la reforma constitucional y hasta la vigencia de dicha ley.

En consecuencia, no puede sino colegirse que la ley 25.645 al disponer en su art. 3º: “*Apruébase la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994*”, hace alusión a las normas dictadas hasta la fecha de su entrada de vigencia, hecho que aconteció el 24 de agosto de 2002.

Cabe recordar que en la tarea de interpretar la ley debe tenerse en cuenta el contexto general y los fines que la informan 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 las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma (Fallos: 329:2876, entre muchos otros). Asimismo, no es ocioso recordar que la interpretación debe evitar asignar a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras correspondiendo adoptar como verdadero el criterio que las concilie y obtenga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 315:2668; 316:1927, entre muchos).

Es evidente que los términos empleados por el legislador al sancionar la ley 25.645 constituyen una clara manifestación de su decisión política de ratificar la legislación delegada dictada hasta el 24 de agosto de 2002 (confr. Fallos: 331:1927, voto del juez Maqueda).

Esos términos representan, sin dejar lugar a duda, la voluntad expresa del Congreso Nacional en la materia y solo pueden ser interpretados en el sentido de que quiso conferir rango de ley al contenido de todas las normas delegadas dictadas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Si bien la decisión de ratificar en forma general un amplio y variado número de normas que abarcan diversas materias puede ser objetable desde el ángulo de la técnica legislativa, ello no resulta suficiente para privar de validez a la ley 25.645 y a aquellas que, con el mismo objetivo, la precedieron o sucedieron.

La circunstancia de que no se haya identificado en forma particular a cada una de las normas aprobadas no invalida a la ratificación, en tanto el universo de preceptos que el Congreso Nacional pretendió convalidar resulta determinable.

Por otra parte, una interpretación en sentido contrario al propuesto llevaría a sostener que la totalidad de la legislación delegada dictada con sustento en la legislación delegante preexistente a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 ha perdido su vigencia, vaciándose de contenido a las disposiciones del art. 3º de las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135.

Tal exégesis resulta inadmisibile pues no solo presume que el legislador sanciona cláusulas inútiles, pensadas para no tener efecto (arg. de Fallos: 311:460) sino que además contraría la clara intención del Congreso Nacional de privilegiar la seguridad jurídica, evitar vacíos legislativos y sanear, hacia el futuro, cualquier nulidad de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo u organismos de administración al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994.

En tales condiciones, corresponde señalar que la ley 25.645 carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable -como la resolución 11/02 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura-, pero no existe razón alguna para privarla de efectos en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia (arg. de Fallos: 321:347, considerando 10).

Por ello, cabe aclarar que la invalidez de la mencionada resolución 11/02 se circunscribe al período comprendido entre el 5 de marzo de 2002 (fecha en que entró en vigor) hasta el 24 de agosto de 2002, momento a partir del cual rige la ley 25.645, disposición que le otorga a su contenido rango legal.

33) Que por su parte, la resolución 150/02 del entonces Ministerio de Economía dispuso que la Administración Federal de Ingresos Públicos solo dará curso a los pedidos de estímulos a la exportación correspondientes a aquellos exportadores que hayan dado cumplimiento a la totalidad de las obligaciones fiscales derivadas de tributos nacionales, incluidas las de los Recursos de la Seguridad Social y de planes de facilidades de pago (art. 1º).

En virtud de lo expuesto en los considerandos que anteceden, la invalidez de la resolución 11/02 -durante el período señalado- determina que dicha norma resulta inaplicable a la actora respecto de los alcances de la mencionada resolución 150/ 02, sin perjuicio, claro está, del cumplimiento total de las obligaciones fiscales derivadas de los restantes tributos nacionales.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandada y se confirma la sentencia apelada, en los términos y con los alcances que surgen de la presente decisión.

Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE
SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, al revocar la sentencia de primera instancia, resolvió hacer lugar a la acción de amparo instaurada por Camaronera Patagónica S.A. y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad e inaplicabilidad a la actora de las resoluciones 11/02 y 150/02 del —entonces— Ministerio de Economía e Infraestructura.

Para así decidir, adujo que el art. 76 de la Constitución Nacional prohíbe la delegación legislativa, de manera general, admitiéndola en supuestos puntuales, esto es, en materia de emergencia pública y de administración. A su vez, señaló que el art. 99, inc. 3º, veda terminantemente al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, aunque también reconoce excepciones al permitir el dictado de decretos de necesidad y urgencia cuando se den determinadas condiciones, excluyendo de ellas la materia tributaria.

Expresó que, para preservar la división de competencias entre los poderes del Estado, la interpretación en esta materia ha de ser estricta.

Sostuvo que, en la especie, la resolución 11/02 posee indudable naturaleza impositiva y por ende su dictado controvierte el principio de legalidad en materia tributaria.

Por otra parte, como cuestión de carácter formal, señaló que en todo caso la delegación —en la hipótesis de que estuviese permitida— ha de ejercerse por el Poder Ejecutivo mediante decretos, y no por un ministro mediante resoluciones. Asimismo, agregó que esta subdelegación resulta inadmisibles tras la reforma constitucional de 1994, puesto que el art. 100, inc. 12, de la Carta Magna prevé a los primeros como norma específica para tal supuesto.

De igual modo, examinó la cuestión desde la perspectiva de la delegación impropia a efectos de indagar si el mentado reglamento se ajusta al marco regulatorio delimitado por el Congreso, para concluir nuevamente en que resulta violatorio de elementales consideraciones del principio de reserva de ley, sin que el interés público invocado por la Aduana en el establecimiento de las retenciones sea motivo suficiente para salvar su inconstitucionalidad.

2º) Que contra esa decisión la AFIP presentó el recurso extraordinario glosado a fs. 187/194, que fue concedido por el a quo.

Señalo, en primer término, que la ley 25.561 se ajusta a los preceptos del art. 76 de la Ley Fundamental y que, por ende, da suficiente cobertura al reglamento atacado, puesto que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa y cambiaria, dictada en un marco de fuerte deterioro de los ingresos fiscales y de una enorme necesidad de asistir a los sectores más desprotegidos de la población. Se trata, adujo, de un caso de delegación impropia, ajustado por demás a los límites de una pacífica y antigua jurisprudencia de la Corte.

Por otra parte, destacó que el art. 755 del Código Aduanero faculta al Poder Ejecutivo a gravar con derechos de exportación las mercancías, para el cumplimiento de ciertos fines que él contempla, sean recaudatorios o de otro tipo. En tales circunstancias, indicó que el

acto atacado por la actora no luce como manifiestamente ilegítimo, circunstancia que obsta a la vía intentada. De forma similar, añadió que no se ha acreditado la inexistencia de otras vías que resulten más aptas, y que para la resolución del pleito es preciso un ámbito de mayor debate y prueba.

Puntualizó luego que no hay norma que prohíba al Poder Ejecutivo, a su turno, delegar sus funciones —sean originarias o no— en los departamentos de Estado que lo integran, ya que son de aplicación a su respecto los postulados del art. 19 de la Constitución Nacional en tanto puede realizar todo aquello que no le está expresamente prohibido.

3º) Que, por razones de orden lógico, corresponde examinar en primer término el agravio de la demandada vinculado con la improcedencia de la vía escogida para debatir la cuestión planteada.

Es indudable que dicho agravio remite al estudio de cuestiones de orden procesal, las cuales quedan fuera de la órbita del recurso extraordinario, aun cuando estén regidas por normas federales sin que, en la presente causa, se dé alguno de los supuestos en que cabe hacer excepción a este principio.

En efecto, los argumentos de orden fáctico y procesal esgrimidos por la apelante no tienen entidad suficiente para refutar los fundamentos dados por el a quo, ni para dilatar el control de constitucionalidad que constituye la primera y principal misión de este Tribunal (conf. Fallos: 318:1154; 323:2256; 326:4251), máxime cuando el amparo resulta admisible si su empleo no ha reducido las posibilidades de defensa de la demandada en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba (Fallos: 320:1339).

En tales condiciones, y dado que la apelante no ha señalado, ni mucho menos demostrado, la existencia de pruebas de que se haya querido valer y que por las características sumarias del amparo se ha visto frustrada de producir en apoyo del derecho que invoca, la remisión a un procedimiento ordinario —como lo pretende esa parte— solo constituiría un ritualismo inútil.

4º) Que sin perjuicio de lo señalado y en lo atinente a los restantes agravios de la demandada, el recurso extraordinario resulta formal-

mente admisible ya que se encuentra controvertido el alcance de normas de naturaleza federal —leyes 22.415 y 25.561, y resolución 11/02 del Ministerio de Economía-, y la decisión del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Asimismo, cabe recordar que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457 y 315:1492, entre muchos otros).

5º) Que con fundamento, entre otras normas, en lo previsto por las leyes 22.415 (Código Aduanero) y 25.561 (de emergencia pública y reforma del régimen cambiario), la resolución 11/02 del —entonces— Ministerio de Economía fijó ciertos “derechos a la exportación” para consumo, a determinadas mercaderías, identificadas éstas según la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM).

En sus considerandos se hizo mención al contexto económico reinante al momento de su dictado (4 de marzo de 2002), caracterizado por un pronunciado deterioro de los ingresos fiscales y una creciente demanda de asistencia por parte de los sectores de población menos favorecidos del país.

Asimismo, se indicó que se trataba de una medida transitoria, que tomaba en cuenta el efecto de las modificaciones cambiarias acaecidas, a fin de no descuidar su impacto sobre los precios internos, en especial sobre aquéllos vinculados con los productos de la canasta familiar.

De esta forma, la citada resolución dispuso un derecho de exportación del 5% para todas las mercaderías comprendidas en la referida nomenclatura, que se elevaba al 10% para aquellas expresamente mencionadas en seis planillas anexas (arts. 2º y 1º, respectivamente). Asimismo, estableció que este derecho se adicionaba a los que ya estuvieran vigentes, sea con carácter permanente o transitorio (art. 4º).

6º) Que, según el diseño de nuestra Constitución Nacional, los **derechos de exportación** constituyeron desde antaño un recurso tributario de singular importancia en la conformación del Tesoro Nacional.

Dicha naturaleza tributaria surge con toda nitidez del debate sostenido por los constituyentes en ocasión de examinar el art. 4° y el primitivo art. 64, inciso 1, de la Constitución Nacional, en especial, al ser reformados en los años 1860 y 1866. En efecto, en la discusión mantenida por los convencionales reunidos en el año 1860 con el objeto de posibilitar que la provincia de Buenos Aires se integrara a la Confederación Argentina, fueron examinadas las facultades de los estados provinciales y de la Nación para establecer aquellos derechos, se recordaron las razones históricas por las que la Constitución de los Estados Unidos prohibió la imposición de toda clase de contribución o de derechos aduaneros sobre los artículos exportados por cualquiera de sus estados, y tras conceptualizar a los derechos de exportación como impuestos, se concordó que el Congreso de la Nación los pudiera establecer “...*hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional, no pudiendo serlo [como impuesto] provincial*”. Sin embargo, llegado el año 1866, y frente a la necesidad de recursos para afrontar la guerra con la República de Paraguay, en la Convención Constituyente de ese año se suprimió aquella limitación temporal, y la facultad del Congreso de la Nación de fijar los derechos de exportación y de importación fue mantenida en la Constitución Nacional hasta la actualidad (ver “Convención Nacional de 1898, Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y Convenciones Reformadoras de 1860 y 1866”, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, año 1898, en especial, las intervenciones de los convencionales Vélez Sarsfield -páginas 970 a 972-; Sarmiento -páginas 981 y 982- y Elizalde -páginas 985 a 987- y las exposiciones de otros oradores registradas en las páginas 695; 699; 709; 712; 717; 730/731 y 736).

Así también resulta de lo expresado por Juan Bautista Alberdi, en alusión a la clásica distinción de contribuciones directas e indirectas adoptada por la Constitución Nacional, en el siguiente sentido: “O se pide directamente al contribuyente una parte de su renta, o bien se le exige una suma sobre ciertos consumos que hace con su renta, sin inquirir su nombre ni mencionar su persona. Lo primero es la contribución directa, lo otro es llamado contribución indirecta. La Constitución Argentina admite estos dos métodos de exigir el pago de la contribución...”. “Las dos contribuciones que menciona por su nombre el art. 4° de la Constitución, **las aduanas y los correos, son precisamente contribuciones indirectas; de las demás contribuciones sólo habla en términos genéricos.** De las contribuciones indirectas hace una fuente ORDINARIA de rentas, como resulta de las siguien-

tes facultades dadas al Congreso por el art. 64; correspóndele, según él: Legislar sobre las aduanas exteriores, y establecer los derechos de importación y exportación que han de satisfacerse en ellas...”. Agregaba: **“La contribución indirecta es la más abundante en producto fiscal, como lo demuestra el de las aduanas, comparativamente superior al de todas las demás contribuciones juntas”** (ver Juan Bautista Alberdi, Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853, en Organización de la Confederación Argentina, Buenos Aires, 1913, tomo II, págs. 329 a 330 -el resaltado no pertenece al texto-).

7°) Que, con anterioridad a la regulación contenida actualmente en el Código Aduanero (ley 22.415, arts. 724 y siguientes), ha sido frecuente en nuestro país acudir a la utilización de esta clase de derechos bajo el rótulo de retenciones.

Son un ejemplo de ello, las previsiones contenidas en el decreto-ley 5168/58, en el decreto 11.917/58, o en la ley 16.690, que establecieron -con distintas peculiaridades- “recargos” y “retenciones”. Esta terminología -aunque fue abandonada en el año 1967 por la ley 17.198- logró imponerse en el lenguaje coloquial, y por esta razón, la ley 17.255 aclaró que los conceptos de “derecho de exportación” y de “retenciones” utilizados por las normas a las que alude debían considerarse equivalentes.

Según resulta -con mayor claridad aun- de la Nota al Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto de la ley 17.352, nada podría argüirse, más que una cuestión de términos, que permitiese distinguir a los derechos de exportación de las llamadas “retenciones”.

En efecto, allí se expresó que las anteriores denominaciones -recargos y retenciones- obedecieron a razones puramente pragmáticas, pero no se ajustaban a los vocablos utilizados por los arts. 4° y 67, inciso 1°, de la Constitución Nacional, razón por la que correspondía reemplazar la denominación incorrecta, y completar “...en materia terminológica, la labor que comenzó con la ley 17.198...que estableció los ‘derechos’ de exportación y dejó sin efecto las ‘retenciones’ existentes” (ver “Anales de Legislación Argentina”, tomo XXVII-B, página 1564).

8°) Que además de la innegable naturaleza tributaria de esta clase de derechos que son regulados bajo el rótulo de “Tributos regidos por

la Legislación Aduanera” por las propias normas del Código Aduanero (Sección IX), la doctrina en forma mayoritaria acepta que pertenecen a la categoría del impuesto (ver Dino Jarach, “Finanzas Públicas y Derecho Tributario”, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1999, páginas 795/799; Sortheix, Juan J. A., “La estructura del hecho gravado por los derechos de importación”, Derecho Aduanero, Tomo V, págs. 289 a 301, en especial págs. 294 y 295; Joaquín V. González, “Manual de la Constitución Argentina”, página 427, Editorial Estrada, Buenos Aires, 1983). Como ha sido señalado por aquélla, cualquiera sea la denominación adoptada por las diferentes legislaciones (“derechos de aduana”; “tributos aduaneros” o “impuestos aduaneros”), dichos derechos son gravámenes de vieja data cuyo pago era condición indispensable para obtener del servicio aduanero la autorización o el derecho de librar la mercadería al mercado interno, al exterior, o bien, afectarla a otro tratamiento aduanero.

9º) Que, en materia tributaria, la Constitución Nacional ha sido categórica al conferir atribuciones exclusivas y excluyentes al Congreso de la Nación. En efecto, plasmó en su texto el histórico principio “no taxation without representation” que veda toda posibilidad de establecer un tributo sin el consentimiento previo de los ciudadanos representados en el Parlamento.

Así lo ha hecho al prever que: “Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º” (art. 17); que “A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones...” (art. 52) y que, según reza, el art. 75, “Corresponde al Congreso:

1.- Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y de exportación, los cuales, así como las valuaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

2.- Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan”.

10) Que según se ha afirmado con razón “El primer principio fundamental del Derecho Tributario Constitucional, lo que podríamos lla-

mar la 'partida de nacimiento' del Derecho Tributario, es el principio de legalidad...llamado también principio de reserva de ley" (Jarach, Dino, "Curso de Derecho Tributario", Ediciones Cima, Buenos Aires, 1980, pág. 75).

El Tribunal reiteradamente ha recordado la fuerza y el arraigo histórico de aquel principio. En efecto, ha dicho: "Que esta Corte, en su constante jurisprudencia, precisó en forma inconfundible ese concepto de la letra y el espíritu de las instituciones argentinas y en el fallo del T. 155, pág. 290 resumió esa jurisprudencia diciendo: 'Que entre los principios generales que predominan en el régimen representativo republicano de gobierno, ninguno existe más esencial a su naturaleza y objeto, que la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear las contribuciones necesarias para la existencia del Estado. Nada exterioriza más la posesión de la plena soberanía que el ejercicio de aquella facultad ya que la libre disposición de lo propio, tanto en lo particular como en lo público, es el rasgo más saliente de la libertad civil'. Todas las constituciones se ajustan a este régimen entregando a los Congresos o Legislaturas este privilegio exclusivo, pues, como lo enseña Cooley: 'en todo Estado soberano el Poder Legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía'" (Fallos: 182:411).

En el mismo orden de ideas, mantuvo que "de acuerdo a bien sentados principios de derecho público, 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 -arts. 4, 17, 44 y 67 de la Constitución Nacional-" (Fallos: 248:482). Asimismo, estableció que el principio de reserva de la ley tributaria, es de rango constitucional, propio del estado de derecho y no puede ser soslayado aunque se invoquen "pautas de política fijadas por las autoridades económicas" y la existencia "de un estado de calamidad económica interna", debido a que nuestro sistema constitucional supone un estado cuyas potestades son limitadas y se hallan sujetas al deslinde de competencias fijado por la Ley Fundamental, predispuesto para garantizar una estabilidad calculable entre gobernantes y gobernados (Fallos: 294:152, considerando 18).

Una vasta lista de precedentes del Tribunal da cuenta del mantenimiento de este criterio. Valgan como simple muestra de ello lo ex-

presado al fallar los casos: “Eves Argentina S.A.” (Fallos: 316:2329); “Video Club Dreams” (Fallos: 318:1154); “Kupchik” (Fallos: 321:366); “Berkley International ART S.A.” (Fallos: 323:3770), destacándose con claridad que para que el principio de legalidad sea satisfecho es necesario que la norma contenga todos los elementos esenciales para crear de manera cierta la obligación tributaria (Fallos: 310:2193).

En particular, al fallar el caso “La Bellaca” (Fallos: 319:3400), el Tribunal resaltó que la exclusiva competencia que la Constitución Nacional le asigna al Congreso en materia tributaria no se ciñe únicamente a la imposibilidad de establecer nuevos tributos. Tal interpretación “llevaría a la absurda consecuencia de suponer que una vez establecido un gravamen por el Congreso de la Nación, los elementos sustanciales de aquél definidos por la ley podrían ser alterados a su arbitrio por otro de los poderes del gobierno, con lo que se desvirtuaría la raíz histórica de la mencionada garantía constitucional y se la vaciaría de buena parte de su contenido útil, ya que el ‘despojo’ o ‘exacción’ violatorios del derecho de propiedad que -en palabras de la Corte- representa el cobro de un impuesto sin ley que lo autorice (Fallos: 180:384; 183:19, entre otros) se verificaría -de modo análogo- tanto en uno como en otro supuesto, en la medida en que la pretensión del Fisco carezca de sustento legal”.

Más recientemente, al fallar el caso “Selcro” (Fallos: 326:4251) se expresó que “...un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo (conf. sobre esto último la doctrina del citado precedente de Fallos: 319:3400, en especial, su considerando 9º)”, y que “...no pueden haber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo” (ver considerando 8º del caso citado).

Por otra parte, una constante jurisprudencia del Tribunal invalidó la posibilidad de acudir al dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria (ver Fallos: 318: 1154 y 319:3400, entre muchos otros), y señaló que la ratificación de un decreto mediante una ley del Congreso es inhábil para justificar la aplicación retroactiva de un tributo (ver Fallos: 321:366, considerando 14).

11) Que, puesto que en el caso el apelante alega que la facultad del Ministerio de Economía e Infraestructura para establecer derechos de exportación mediante la resolución 11/2002, se funda en la delegación que en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional, autorizarían -entre otras normas- la ley 22.415 (Código Aduanero) y la ley 25.561 (Ley de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario), conviene efectuar las precisiones que siguen.

12) Que, con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Convención Nacional Constituyente en el año 1994, el Tribunal -con fundamento en una tradicional jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos- aceptó la posibilidad de que se le confiera cierta autoridad al poder administrador a fin de reglar los “pormenores y detalles” para poner en ejecución una ley, y exigió para su validez la existencia de una clara política legislativa a la que debía ajustarse la autoridad delegada. En efecto, a partir del caso “**Delfino**” -Fallos: 148:430- esta Corte acuñó la conocida expresión que sería reiterada en numerosos precedentes en el sentido de que existe una distinción fundamental entre la delegación para hacer la ley (delegación propia) y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla (delegación impropia). Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun en aquellos países en que, como en los Estados Unidos, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución.

Es pertinente destacar que si bien el Tribunal abría el camino de la llamada delegación impropia acudiendo a la cita de precedentes de aquel país, lo hacía con fundamento en el poder de reglamentación que nuestra Constitución Nacional confiere en una norma que no tiene semejanza con el texto constitucional de los Estados Unidos, esto es, el art. 86, inc. 2°, de la Constitución Nacional (art. 99, inc. 2°, en el texto actual). El control del ejercicio de dicha delegación se convertiría en una cuestión que sería juzgada en cada caso, como lo ponen de relieve los fallos “**Mouviel**” -Fallos: 237:636-; “**Prattico c/ Basso**” -Fallos: 246:345-; “**Luis Domínguez**” -Fallos: 280:25- con los que continuó aquella línea jurisprudencial, y en la que -más recientemente y entre otros- se ha fundado el dictado del fallo “**Cocchia**” -Fallos: 316:2624, **disidencia del juez Petracchi**—.

Aquel criterio originariamente ajeno al ámbito tributario fue admitido también en ciertos casos relativos a derechos aduaneros en atención a la complejidad técnica, la naturaleza variable y la necesidad de rápidas respuestas que impone el desenvolvimiento del comercio internacional, que demuestra la inconveniencia de que tales cuestiones queden sometidas a las dilaciones propias del trámite parlamentario. Sin embargo, no debería de ello extraerse una conclusión única pues la jurisprudencia del Tribunal se ha ceñido a las particularidades que cada ley presentaba para examinar en forma pormenorizada si, en efecto, existía una política legislativa “claramente establecida” en la que pudiera ser sustentada la delegación, según resulta de los precedentes “Laboratorios Anodia” -Fallos: 270:42- y “Conevial” -Fallos: 310:2193-, entre otros.

No es ocioso recordar que la morigeración del principio de legalidad en materia aduanera ha sido plasmada en muchas legislaciones del mundo, aunque no lo ha sido así en el texto de nuestra Constitución Nacional.

13) Que de lo que se lleva expresado hasta aquí resulta útil retener al menos dos conclusiones: a) que los precedentes de la Corte en los que se ha aceptado en diversas materias que el poder administrador regle los pormenores o detalles que permitan poner en ejecución la ley, han tenido sustento en el antiguo art. 86, inciso 2°, de la Constitución Nacional -actual 99, inciso 2°-, y esta habilitación para el poder administrador se ha mantenido inalterada en el texto constitucional; b) que ha sido constante la exigencia del Tribunal en el sentido de que los elementos esenciales de toda clase de carga tributaria -entre las que corresponde incluir a las aduaneras- deben ser fijados mediante una ley en sentido formal, esto es, por el único poder del Estado habilitado para ello por la Constitución Nacional.

14) Que la reforma constitucional producida en el año 1994 ha sido categórica en su afán de restringir la usual práctica del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo y así lo plasmó de modo expreso y contundente en su texto (art. 76; cláusula transitoria Octava, y art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional).

En efecto, como lo ha expresado recientemente el Tribunal, “La letra del texto constitucional (artículos 99.3 y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de,

por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal. De todo ello se desprende que dicho procedimiento debe ser puesto en práctica por los tres poderes del Estado, cada uno en el papel que le toca, con el cuidado de no introducir, por vía de deformaciones interpretativas, inconsistencias o desequilibrios entre las diversas finalidades buscadas con la reforma de la estructura del gobierno federal” (ver C.2701.XL. “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Estado Nacional -PEN- s/ amparo ley 16.986”, del 4 de noviembre de 2008, considerando 9°).

Si bien en el caso antes citado, no se abordó la problemática específica de los derechos de exportación ni si éstos quedaban comprendidos dentro de las dos únicas materias mencionadas por el art. 76 de la Constitución Nacional -“*materias determinadas de administración o de emergencia pública*”-, si se establecieron los parámetros generales a los que debía sujetarse toda delegación legislativa, conforme a las prácticas seguidas en los Estados Unidos. En apretada síntesis, allí se arribó a las siguientes conclusiones: a) de los dos caminos posibles que tienen a su alcance los tribunales, esto es, anular la ley delegante por no fijar un lineamiento inteligible, o bien, interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación, y por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga, la Corte Suprema de los Estados Unidos se inclinó “predominantemente” por el segundo; b) la delegación legislativa sin base alguna está prohibida, y la que contiene bases vagas o indeterminadas solo puede ser convalidada por los jueces si el interesado supera el obstáculo de demostrar que la disposición dictada por el Presidente estuvo efectivamente basada en una política adoptada por el Congreso; c) a mayor imprecisión en la ley, menor alcance tendrá la competencia que podrá ejercer el Ejecutivo válidamente. La carga que se pone en cabeza de quien invoca una facultad en su favor, exigirá la demostración, en especial, de que el decreto es consistente con las bases fijadas por el Congreso (ver, en especial, considerandos 9° a 12, del fallo citado).

15) Que la particularidad que presenta la materia aquí examinada exige una precisión más, pues según resulta del debate mantenido en el seno de la convención de 1994, en relación a los supuestos en los que rige el principio de legalidad, hubo una expresa manifestación en sentido adverso al ejercicio de facultades delegadas.

El convencional Quiroga Lavié, tras afirmar que la Constitución prohíbe la delegación legislativa y "...sólo la permite en asuntos administrativos y en cuestiones de emergencia, sobre bases legislativas establecidas por el Congreso y por tiempo determinado", señaló que el Poder Ejecutivo a través de la reglamentación de las leyes en verdad legislaba fundado en "...una defectuosa práctica interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación..." que concluiría "...a la luz de nuevo texto constitucional...". A ello acotó: "Desde el punto de vista doctrinario -no por cuestiones arbitrarias sino, insisto, por la razón sustancial de lo que significa una **facultad privativa o exclusiva**- no pueden ser materia de delegación en ningún caso las leyes penales, porque tienen reserva legal en la propia *Constitución*. *Tampoco pueden serlo, por la misma o equivalente razón, las cuestiones impositivas...*". Concluyó: "...a partir de ahora, y sobre todo en el futuro inmediato, el trabajo del Congreso será enorme porque todo lo que delegaba y que el Ejecutivo regulaba por medio de reglamentaciones en exceso de sus atribuciones pasará a ser potestad exclusiva del Poder Legislativo" (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Tomo V, páginas 5016 a 5018; el resaltado no pertenece al texto). En este mismo sentido, respecto de aquellas materias en las que rige el principio de legalidad, se ha expedido Alberto M. García Lema en la obra conjunta: *La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, págs. 402 y sgtes., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1994.

El convencional Quiroga Lavié también manifestó que la Constitución Nacional prevé "...la caducidad de las delegaciones legislativas del pasado, estableciendo un término de cinco años al efecto", y que el Congreso no podrá ratificar lo que se vincule con "materias prohibidas". "No podrá interpretarse que habrá ratificaciones para establecer inconstitucionalidades porque ello significaría que en el futuro coexistirían dos regímenes, uno prohibido por la nueva Constitución y otro ratificadorio del pasado cuando se hayan delegado potestades que actualmente esté prohibido delegar" (Obra de la Convención Constituyente 1994, ant. cit., página 5018).

Por su parte los convencionales Maqueda y Alasino pusieron de relieve la intención restrictiva de la cláusula constitucional. El primero al expresar: “Hoy no existe ningún tipo de límite para que el Congreso de la Nación delegue facultades sobre el Presidente de la Nación. Desde ahora en adelante también va a haber límite de materia y de procedimiento...”. El segundo, al concluir que las atribuciones del Presidente de la Nación “...hoy están siendo recortadas”.

Finalmente, el convencional Alfonsín, hizo alusión al criterio que debe guiar la interpretación de la reforma constitucional, en el siguiente sentido: “...cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales. En especial, debe interpretarse de forma restringida y con el más cuidadoso escrutinio las facultades del Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, el ejercicio de las facultades de legislación delegada y la facultad para promulgar parcialmente las leyes”, puesto que la intención de estas reformas ha sido “...fortalecer al Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes” (cit. ant., páginas 5147; 5148; y 5155 a 5158).

16) Que a la luz de lo que se lleva expuesto, aunque se pretendiese invocar la existencia de un “estándar inteligible” fijado por el legislador -en términos de la jurisprudencia americana-, o bien el ejercicio de facultades derivadas de una “delegación impropia” -art. 99, inciso 2º, de la Constitución Nacional- sería inaceptable en esta materia que la atribución de fijar derechos de exportación derivase de una norma que en forma laxa o vaga estableciera una política legislativa, puesto que es el legislador el que, en forma ineludible, debe definir con toda claridad los elementos esenciales que integran la obligación tributaria, esto es, el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y, en su caso, las exenciones (Fallos: 329:1554).

Nada impediría, en cambio, en atención a la variabilidad de la realidad propia de esta clase de operaciones, que se dejase librado al Poder Ejecutivo la posibilidad de adaptar el *quantum* de los derechos de exportación mediante el aumento o reducción de la alícuota pero siempre dentro de una escala predeterminada por la ley, lo que se adecuaría al concepto de pormenores y detalles en los términos de la jurisprudencia referida y de nuestra Constitución Nacional.

17) Que, en consecuencia, la resolución 11/02 del Ministerio de Economía e Infraestructura, que ha establecido derechos de exportación del 10% y del 5% sobre las mercaderías que indica comprendidas en la Nomenclatura Común del Mercosur, con la mera invocación de la ley de emergencia 25.561, de la ley 22.415 -Código Aduanero- y de la ley de Ministerios -norma ésta en la que se pretendería fundar la “subdelegación”-, en modo alguno cumple con los estándares constitucionales.

En efecto, en cuanto a la primera de las leyes citadas, ni siquiera sus normas aluden a la pretendida atribución del Poder Ejecutivo Nacional para establecer aquellos derechos.

Por el contrario, cuando la ley de emergencia 25.561 ha querido otorgar al Poder Ejecutivo Nacional alguna atribución referente a la fijación de derechos de exportación, así lo hizo en forma expresa y con relación a un objeto de imposición determinado, esto es, los hidrocarburos (art. 6 de la ley 25.561), sin que quepa aquí pronunciamiento alguno acerca de la validez de dicha delegación por ser un supuesto ajeno al examinado en autos.

En relación a la mención del Código Aduanero (ley 22.415) que en aquella resolución se hace, cabe señalar que el propio legislador parece haber advertido la imposibilidad de otorgar una suerte de autorización “en blanco” al Poder Ejecutivo para la fijación de derechos de exportación, sino que habría aspectos que necesariamente deben ser integrados en cada caso particular por la labor del Congreso.

En efecto, la autorización prevista en el art. 755 de aquel ordenamiento para gravar con derechos de exportación, desgravar, o modificar los derechos establecidos -con el objeto de cumplir algunas de las amplias finalidades fiscales y extrafiscales que la norma señala-, ha sido conferida, según reza el texto del artículo, “[e]n las condiciones previstas en este código y en las leyes que fueren aplicables”, a lo que se suma, que según resulta de la Exposición de Motivos de aquella ley, el artículo prevé “...un régimen de base, que habrá de funcionar como supletorio de las disposiciones de coyuntura que al respecto se establecieron”. En un sentido similar, se ha pronunciado el legislador en el art. 757 del Código Aduanero, al facultar al Poder Ejecutivo a acordar exenciones en materia de derechos de exportación, en estos términos: “*El sistema seguido pretende cumplir funciones supletorias respecto de lo que dispongan las leyes especiales que pudie-*

ran dictarse coyunturalmente” (ver Anales de Legislación Argentina, tomo XLI-A, página 1431).

18) Que lo expuesto exime al Tribunal del examen del cumplimiento de los restantes recaudos previstos por el art. 76 de la Constitución Nacional, es decir, el sujeto en el que debió recaer la delegación -Poder Ejecutivo-, y la necesidad de que la delegación legislativa contenga un plazo fijado para su ejercicio (arts. 76 y 100, inciso 12, de la Constitución Nacional).

19) Que, por último, a la luz de lo dispuesto en la Constitución Nacional en la cláusula transitoria Octava, y frente al dictado de sucesivas leyes mediante las que el Congreso con relación a las normas delegantes anteriores a la reforma constitucional de 1994 y a las normas delegadas dictadas a su amparo, ha establecido la “ratificación” y la “aprobación” de unas y otras, corresponde examinar si ello puede tener alguna incidencia en la solución de esta causa.

La cláusula transitoria citada estableció: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

Las leyes 25.148; 25.645; 25.918; 26.135 y 26.519, con una defectuosa técnica legislativa, han establecido, por una parte, una ratificación en el Poder Ejecutivo -por sucesivos plazos- para el ejercicio de facultades delegadas con sustento en la legislación que sobre “*materias determinadas de administración o de situaciones de emergencia pública*” haya sido dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 (art. 1° de cada una de las leyes citadas).

Asimismo, desde el dictado de la primera de las leyes citadas -agosto de 1999- hasta el dictado de la ley 26.135 -agosto de 2006-, sucesivamente, se dispuso: “*Apruébase la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994*” (art. 3° de las leyes mencionadas).

20) Que, al respecto, dos cosas deben ser señaladas. La primera, es que ninguna de las normas citadas podría ser invocada como una ratificación o aprobación retroactiva de la resolución 11/02, pues-

to que -según lo que se lleva expresado- dicha resolución es inválida desde sus orígenes, y si alguna ratificación cupiese ésta solo podría tener efectos hacia el futuro (ver doctrina de Fallos: 321:366; 323:1566; 325:1418 y 2059).

La segunda, es que debe existir una voluntad legislativa clara y explícita que pueda ser entendida -más allá de las imperfecciones técnicas de su instrumentación- como un aval de los contenidos de la norma que se ratifica (ver Fallos: 321:347; 325:2394, en especial, voto del juez Petracchi), y ello, nítidamente, no ha ocurrido en el caso de la resolución 11/02.

En efecto, frente a un universo heterogéneo de normas que ni siquiera son identificadas en forma alguna, la mención del legislador en el sentido de aprobar “*la totalidad de la legislación delegada dictada...*”, aparece poco propicia para derivar de ella que se ha querido avalar el contenido de la resolución 11/02, máxime cuando se trata de una materia ajena a las mencionadas en el art. 76 de la Constitución Nacional, y la propia ley 26.519 puso en evidencia que, pese a haber transcurrido más de diez años desde el vencimiento del plazo de cinco años que el convencional le concedió al Congreso para expedirse, éste ni siquiera ha logrado establecer cuáles son las leyes que delegan facultades; cuáles de ellas se encuentran vigentes, modificadas, derogadas o son de objeto cumplido, ni si las materias se corresponden con lo regulado por el art. 76 de la Constitución Nacional, razón por la que se ha decidido crear en el seno del Poder Legislativo una comisión bicameral especial con el fin de “revisar, estudiar, compilar y analizar...la totalidad de la legislación delegante preexistente...” (art. 3° de la ley 26.519).

La situación descripta no ha variado desde entonces, pues si bien los miembros de aquella comisión bicameral -sin arribar a conclusiones y recomendaciones unánimes- culminaron la tarea encomendada con la elaboración de un Informe Final, el 30 de junio de 2010, el Congreso, pese al tiempo transcurrido, aún no se ha expedido al respecto (cf. Comisión Bicameral Especial para el Cumplimiento de la Cláusula Transitoria Octava de la Constitución Nacional -ley 26.519-, Informe Final, 30/6/2010, publicado en el sitio web de la Cámara de Diputados de la Nación).

21) Que, finalmente, aun cuando se hayan invocado las razones a las que alude la resolución 11/02 para su dictado, es pertinente recordar las palabras de Sebastián Soler en su conocido dictamen de Fallos: 247:121.

Allí se expresó: “Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a las facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, con mayor o menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, de atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, conciente o subconcientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para contemplarlo, que la autoridad recurra a cualquier exceso o desvío de poder. A cualquiera, no importa en qué medida, basta que sea idóneo para que la pretensión reclamada sea inmediata y favorablemente acogida; y así como su concesión no comprometa el patrimonio estatal será más fácil y cómodo para el gobierno acordar a lo pedido que negarlo”.

22) Que lo precedentemente expuesto conduce a declarar la inconstitucionalidad de la resolución 11/2002 y, por lo tanto, ello determina la inaplicabilidad a la actora -en tanto se fundara en aquélla- de lo dispuesto por la resolución 150/02, sin perjuicio, claro está, del cumplimiento de las obligaciones fiscales derivadas de los restantes tributos nacionales.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, con el alcance que surge de la presente. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Ministerio de Economía -Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General de Aduanas**, representado por la **Dra. Ana María Giovannoni**.

Traslado contestado por: **Camaronera Patagónica S.A.**, representada por el **Dr. Oscar Roberto Gerez**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Mar del Plata**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal n° 2 de Mar del Plata**.

COMISION NACIONAL DE VALORES c/ STANDARD & POOR'S
RATINGS LLC. SUC. ARGENTINA s/ ORGANISMOS EXTERNOS

OBLIGACIONES NEGOCIABLES

Cabe confirmar la sentencia que validó la resolución 15.335 dictada por la Comisión Nacional de Valores el 21 de febrero de 2006, por la cual se le aplicó a la demandada -en forma solidaria con sus directores y miembros del consejo de calificación- una multa por infracción al artículo 4° del Capítulo XVI de las Normas dictadas por dicha comisión, pues la recurrente no cumplió con su propio manual -registrado ante la CNV- al asignar la calificación correspondiente a los títulos de mejor calidad y más bajo riesgo (“raAAA”) al Programa Global de Obligaciones Negociables Serie Senior, y conforme a lo establecido por el manual debía ser calificado con categoría “E” todo título emitido por sociedades cuando -como en el caso- los dictámenes de los auditores externos tuvieran abstención de opinión, resultando la conducta asumida no sólo contraria a la integridad con la que sostuvo haber realizado los procesos de calificaciones en cuestión, sino también a los estándares de cuidado y transparencia exigibles para el ejercicio de su función.

COMISION NACIONAL DE VALORES

La relevancia que las sociedades calificadoras de riesgo tienen en el funcionamiento de los mercados, implica un mayor deber de previsión respecto de las decisiones que adoptan y, a su vez, las obliga a adoptar todas las medidas internas exigibles a un buen profesional de la actividad, al control de sus resultados a fin de evitar errores cuya repercusión pueda afectar a terceros y a respetar todos los procedimientos de auditoría conforme con las prácticas internacionales, pues el impacto que tienen los informes de las calificadoras de riesgo es consistente con la exigencia de una conducta ajustada a los más estrictos criterios de buena fe y transparencia.

COMISION NACIONAL DE VALORES

Cabe confirmar la sentencia que validó la resolución 15.335 dictada por la Comisión Nacional de Valores el 21 de febrero de 2006, por la cual se le aplicó a la demandada -en forma solidaria con sus directores y miembros del consejo de calificación- una multa por infracción al artículo 4° del Capítulo XVI de las Normas dictadas por dicha comisión, al incumplir con el manual vigente, pues este tipo de comportamientos por parte de las calificadoras de riesgo, lejos de cumplir con las funciones que las normas les asignan, son susceptibles de generar confusión y hasta error en el público inversor, hallándose comprometida la seguridad jurídica cuando los consumidores y usuarios padecen la falta de certeza o los errores de quienes deben darle confianza, afectándose la transparencia en los mercados, la realidad de las empresas y la confianza de los consumidores, todo lo cual redundaría en la economía general de un país, lo que las hace pasibles de un juzgamiento más estricto de su responsabilidad.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la Resolución N° 15.335 dictada por la Comisión Nacional de Valores el 21 de febrero de 2006 (fs. 475/486 y 548/551, del expte. administrativo N° 1169/2002 que corre agregado, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario).

Mediante la mencionada resolución el organismo de control aplicó a Standard & Poor's International Rating LLC. Sucursal Argentina la sanción de multa de \$20.000 por la infracción al artículo 4, del Capítulo XVI de las NORMAS (N.T. 2001). La sanción impuesta, conforme dispone el artículo 1° de la Resolución N° 15.335 debía ser solventada en forma solidaria por los directores a la época de los hechos examinados y los miembros del consejo de calificación.

Para así decidir, el tribunal sostuvo -remitiéndose al dictamen de la Fiscalía General de fojas 549/547- que Standard & Poor's Ratings LLC. Suc. Argentina incumplió con su propio manual registrado ante la CNV y con la normativa que regula tal actividad (arts. 10 y 13, Dec. N° 656/92), al calificar el 15 de julio de 2002 con "raAAA" el Programa Global de Obligaciones Negociables Serie Senior y Subordinada por un

monto de hasta U\$S1.500.000.000 del Citibank N.A. Sucursal Argentina y el Programa Global de Obligaciones Negociables por U\$S500.000.000 del BankBoston N.A. Sucursal Argentina. En este sentido, los magistrados resaltaron que ante la ausencia de opinión de los auditores sobre los estados contables de ambas emisoras al 31 de diciembre de 2001, correspondía calificar los títulos de deuda con la categoría “E”.

Los jueces desestimaron los planteos de la sancionada en orden a: (i) que la abstención de los auditores no obedeció a falta de información proporcionada por las emisoras sino a la crisis económica de fines del año 2001, (ii) que las normas de la CNV reconocen flexibilidad para calificar los títulos, y (iii) que para otorgar dicha calificación contó con respaldo informativo suficiente.

El *a quo* recordó, al respecto, que el Manual de Standard & Poor’s registrado ante la CNV al momento de los hechos establecía que “será calificado en la categoría “E” todo título emitido por sociedades que se encuentran en una o más de las siguientes situaciones:... b) Cuando los dictámenes de los auditores externos tengan abstención de opinión u opinión adversa cuyas causas subsistan a la fecha de la calificación”.

A su vez, el artículo 4 del Capítulo XVI de las NORMAS (N.T. 2001) prevé que la calificación de los valores negociables u otros riesgos prevista por el decreto N° 656/92 deberá basarse en los procedimientos descriptos en el manual registrado previamente ante la CNV, el cual debe contener claramente los pasos a seguir en el proceso de calificación. Esta exigencia, conforme fue expuesto en la sentencia, persigue un doble objetivo: controlar los criterios y procedimientos como modo de protección de los inversores, y que el propio público inversor los conozca para valorar la idoneidad de la calificación efectuada sobre esa base.

En ese contexto, el tribunal concluyó que la interpretación de la calificadora, en cuanto afirma que la calificación E está prevista para casos en que la abstención de los auditores obedecía a la falta de provisión de información completa por parte de la emisora y no para cuando la falta de opinión se debía a otros factores, como la crisis económico financiera de finales del año 2001, contraría la letra clara del manual en materias sometidas a riguroso régimen dado el interés público comprometido.

Entendió que la flexibilidad invocada por la sociedad sancionada no tenía fundamento en ninguna norma, y que dicho principio, eventualmente, podía ser satisfecho mediante la modificación de sus manuales de procedimientos.

Desde otro lado, los magistrados afirmaron que si bien Standard & Poor's Ratings LLC Sucursal Argentina había alegado poseer suficiente información para calificar de la forma en que lo hizo más allá de la abstención de los auditores, no acompañó u ofreció prueba al respecto.

Agregaron los jueces que en este tipo de infracciones lo que interesa es el correcto cumplimiento de las obligaciones impuestas al sujeto en función del interés general, independientemente del daño producido efectivamente.

En relación con la responsabilidad de los administradores y miembros del comité de fiscalización, la alzada consideró que los administradores en el marco de lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley N° 19.550 debían realizar el control de legalidad del trámite de calificación de los valores negociables, objeto exclusivo de la sociedad. Señaló que no fue probado que hayan obrado de manera diligente, de forma rigurosa y eficiente, ya que no detectaron que el consejo de calificación había actuado sin apego a los criterios y procedimientos establecidos en el manual registrado ante la CNV.

Finalmente, la Cámara confirmó el quantum de la multa, valorando los antecedentes del caso, la entidad y gravedad de la falta cometida y el interés público comprometido.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, Standard & Poor's Ratings LLC Sucursal Argentina, los directores a la época de los hechos y los miembros del consejo de administración dedujeron recursos extraordinarios, que fueron desestimados (fs. 554/573, 574/587, 604/617, 620/640, 642/656 y 658/678). Ello dio lugar a las quejas que corren agregadas a los presentes autos y a los expedientes S.C. C N° 779; L. XLVII; S.C. C N° 781; L. XLVII, S.C. C N° 782; L. XLVII; S.C. C N° 783; L. XLVII y S.C. C N° 784; XLVII, respecto de los cuales V.E. ordenó, asimismo, correr vista a esta Procuración General, por lo que serán estudiados conjuntamente.

Cabe precisar que el señor Cristian Krossler, miembro del Consejo de Calificación al momento de los hechos examinados, no presentó recurso de hecho.

- III -

Standard & Poor's Ratings LLC Sucursal Argentina alega que la sentencia es arbitraria, pues omite el tratamiento de planteos presen-

tados por su parte, se aparta de las constancias de la causa, no aplica el derecho ajustado a los hechos del caso, e incurre en un excesivo rigor formal. Ello -afirma- importa la violación de su derecho de defensa en juicio y debido proceso.

Los argumentos presentados son compartidos, substancialmente, por los directores y miembros del Consejo de Calificación.

En particular, la sociedad considera que las facultades de la CNV no pueden ser ejercidas de modo que impliquen interferencia en los criterios de calificación a cargo de la calificadora, quien, a su vez, debe estar habilitada para interpretar sus metodologías.

Por otra parte, argumenta que el tribunal realiza una interpretación literal de las normas aplicables (arts. 10 y 13, Dec. N° 656/92 y Manual de Procedimientos registrado de Standard & Poor's Ratings LLC, Suc. Arg.), sin considerar el contexto fáctico y normativo imperante al momento de las calificaciones en cuestión.

En este sentido, expresa que la recurrente al momento de calificar, la recurrente contaba con información suficiente para calificar a los programas de obligaciones negociables del Citibank y BankBoston con "AAA", no obstante la ... abstención de opinión de los auditores externos sobre los estados contables. Agrega que dicha calificación reflejaba la opinión de Standard & Poor's sobre la calidad crediticia de las emisiones, y una calificación "E" hubiera provocado en el público inversor mayor confusión.

Si bien reconoce que el Manual registrado preveía la calificación "E" cuando los auditores externos se abstuvieran de opinar u opinaren en forma adversa, entiende que debía realizarse una interpretación amplia de dicha norma. Así, destaca que no correspondía la calificación "E" cuando la abstención mencionada se debía, como en el caso, a factores sistémicos que excedían las particulares condiciones del emisor de cuyos estados contables se trataba. Resalta que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto N° 656/92 tanto Citibank como BankBoston habían provisto toda la información necesaria.

Señala que el artículo 12, inciso b) del Capítulo XVI de las NORMAS (N.T. 2001) de la CNV vigente al momento de los hechos preveía que el atraso en la emisión de la información contable por las emisoras, no implicaba la atribución de la calificación E, cuando a juicio de la calificadora y siguiendo los procedimientos previstos en los respectivos manuales de calificación, hubiese podido efectuar sus dictámenes basándose en información suficiente, válida y representativa como para asignar otra categoría a la emisión, lo que debería ser adecuadamente fundamen-

tado. Sobre tal base, la sociedad recurrente sostiene que en el caso de autos, con mayor razón, podría desecharse la calificación “E”, en tanto la información contable había sido presentada por los emisores.

Menciona que el artículo 23 del Decreto N° 656/92 citado por el organismo de control como fundamento de la sanción impuesta, había sido derogado en el año 2000.

Por último, tacha de autocontradictoria la sentencia, por cuanto en el dictamen de la Fiscalía General, al cual remite la Cámara, se entendió como “posible” la interpretación propuesta por la calificadora de la normativa aplicable, pero rechaza la flexibilidad ejercida para emitir la calificación de los programas de los títulos de deuda.

-IV-

Los directores, además, aducen que la Cámara sin fundamento condena a los miembros del órgano de administración soslayando la ausencia de prueba alguna que acredite su participación en el dictamen del consejo de calificación en cuestión. Sostienen que no estaba a su cargo la obligación de demostrar su inocencia.

Expresan que para sancionar a los directores, en el marco de lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto N° 656/92 y el artículo 10 de la Ley N° 17.811, debía acreditarse su actuación o intervención en la calificación. Agregan que la calificación de riesgos es una actividad específica, en la que no deben interferir los administradores de la sociedad.

Concluyen que no fue incumplido el standard de conducta impuesto por el artículo 59 de la Ley N° 19.550, que resulta, por otra parte, según su parecer, inaplicable en tanto no medió daño ni culpa grave. A su vez, según dicen, dicha norma es ajena al ámbito del derecho penal administrativo.

Tampoco entienden procedente la aplicación del artículo 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, toda vez que taxativamente excluye la responsabilidad de los administradores a quienes no les estén delegadas las funciones en cuestión.

Los recurrentes manifiestan que el tribunal consideró que los administradores no habían actuado de manera diligente en tanto no habían detectado que el consejo de calificación había actuado sin apego a los criterios y procedimientos establecidos en el manual, cuando los administradores cumplieron acabadamente los deberes que surgen del artículo 8 del Decreto N° 677/01. Al respecto, señalan que dicha norma prevé que los administradores deben procurar los medios adecuados para eje-

cutar las actividades de la emisora y establecer controles internos para garantizar una gestión de los negocios sociales prudente y prevenir los incumplimientos que la normativa les impone, lo cual, a su juicio, fue cumplido. Reiteran, en este punto, que los miembros del directorio no pueden participar en actividades analíticas para no afectar “la adecuada funcionalidad del cuerpo que tiene asignadas tales funciones”.

Criticán el pronunciamiento por cuanto afecta la garantía de defensa que les asiste, al invertir la carga de la prueba.

-V-

La cuestión controvertida requiere, en primer término, determinar el alcance de las facultades de la Comisión Nacional de Valores para fiscalizar la calificación otorgada por la sociedad recurrente, como así también el cumplimiento de normas de derecho común -puntualmente, los artículos 59 y 274 de la L.S.C.-, y para -previa sustanciación de sumario administrativo- aplicar las sanciones previstas legalmente (art. 10, Ley N° 17.811). Ello, por cuanto la conclusión a su respecto condiciona la procedencia del estudio de los argumentos vinculados con los aspectos de hecho, prueba y derecho común sobre cuya base los recurrentes tachan de arbitrario el pronunciamiento en estudio.

Entonces, en mi opinión, los recursos interpuestos son formalmente admisibles, pues allí se cuestiona, finalmente, el alcance y aplicación de la Ley N° 17.811 -y Dec. N° 677/01- de naturaleza federal; y lo resuelto ha sido contrario a las pretensiones del apelante (art. 14, inc. 3°, Ley N° 48 y doctrina de Fallos: 324:4389; 328:3733; 330:1855; entre otros). Es oportuno recordar que V.E. tiene dicho, que en la tarea de esclarecer la inteligencia de este tipo de normas no se encuentra limitada por las posiciones del a quo, ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre los puntos en debate (Fallos: 326:2342, 2637, 3038).

A su vez, al ser invocadas también causales de arbitrariedad que se encuentran inescindiblemente vinculadas con los temas federales en discusión en tanto referidas a la adecuación -o no- de la calificadora de riesgo a la normativa aplicable cuya fiscalización asumió la CNV para imponer la sanción en estudio, han de ser examinados en forma conjunta (Fallos: 323:2519; 324:4307).

Ahora bien, en relación con el alcance de las facultades de la CNV para fiscalizar el cumplimiento de la normativa en la específica tarea de la calificación de riesgo, cabe recordar que la Ley N° 17.811 le asignó la función de ejercer el poder de policía sobre la oferta pública de

valores negociables, como modo de resguardar los intereses de los inversores mediante la protección de la transparencia de las operaciones, necesaria para mantener las condiciones de seguridad y confianza que impulsan la difusión de la propiedad de los títulos -v. Exposición de Motivos de la ley cit.- (Fallos 304:883; 330:1855).

A dicho fin la mencionada entidad dicta las normas a las cuales deben ajustarse las personas físicas y jurídicas que en cualquier carácter intervengan en la oferta pública de valores negociables, a la vez que fiscaliza el cumplimiento de las disposiciones, entendidas éstas *latu sensu* (art. 7, primera parte y 6, inciso d) y f), Ley N° 17.811, y su Exp. de Mot., pto. 14, Cap. IV). Asimismo, previa sustanciación de sumario administrativo, puede aplicar las sanciones previstas en el artículo 10 de la Ley N° 17.811 (v. art. 25, Dec. N° 656/92).

Es decir, la CNV ejerce el poder de policía en forma amplia y generalizada sobre la oferta pública de valores negociables, no sólo sobre las instituciones bursátiles, empresas emisoras y agentes de bolsa, sino sobre todas las organizaciones unipersonales y sociedades que intervengan directa o indirectamente en la oferta y negociación pública, cualquiera sea la forma o medio utilizado (v. Exposición de Motivos, Ley N° 17.811, Cap. I, ap. 3 seg. párr., ap. 4 cuarto párr., ap. 14 seg. párr. y 31 seg. y tercer párr.), en protección, fundamentalmente, del público inversor.

Debo agregar que corresponde a ese organismo, según dispone el artículo 5° del Decreto N° 656/92, la fiscalización e inscripción de las sociedades calificadoras de riesgo, las que, como requisito para su registro deben presentar ante la CNV para su aprobación un manual de procedimientos (art. 6, inc. h), Dec. N° 656/92). La aplicabilidad y validez constitucional de estas normas no fue controvertida por las partes.

En ese marco, el artículo 4 del Capítulo XVI de las NORMAS (N.T. 2001), fundamento de la sanción, impone que la calificación de valores negociables prevista en el Decreto N° 656/92 debe basarse en los procedimientos descriptos en el manual registrado previamente ante la Comisión, el cual, a su vez, debe contener claramente los pasos a seguir en el proceso de calificación. Ello, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 6, inciso h) del Decreto mencionado y como modo de proteger la transparencia en el mercado, tal como fue señalado en el pronunciamiento recurrido (v. fs. 544, dictamen fiscal al que remite la Cámara) y no fue rebatido por los quejosos.

En consecuencia, el alcance de la competencia atribuida a la CNV en protección del bien jurídico señalado, se extiende a todos

los intervinientes o participantes en la oferta y negociación pública de valores negociables que quedan sometidos a la fiscalización estatal, sin que constituya una excepción el control de la legalidad de los dictámenes de calificación, como del cumplimiento de la Ley de Sociedades Comerciales.

-VI-

Sentado ello, corresponde precisar que constituyen hechos no controvertidos en la causa que la sociedad sancionada, el 15 de julio de 2002, impuso la más alta calificación a los valores negociables emitidos por Citibank N.A. Suc. Arg. y BankBoston N.A. Suc. Arg. mediante Programas Globales (“raAAA”), pese a que los auditores externos no habían emitido opinión sobre los estados contables de ninguna de esas sociedades, en substancia, debido a la situación de crisis económico financiera imperante en ese momento en el país (v. fs. 154/155 y 175/176). La calificación otorgada corresponde a los títulos de mejor calidad y más bajo riesgo, según el Decreto N° 656/92, cuya aplicabilidad al caso es reconocida por los quejosos (v. art. 13, seg. párr., Dec. cit.).

El artículo 13 del Decreto N° 656/92 prescribe que “la calificación “E” deberá ser conferida a los títulos de emisoras que no hayan cumplido debidamente los requisitos de información impuestos por las normas vigentes y necesarios para la calificación de sus valores negociables.

Por otro lado, el Manual de Metodologías de Calificación de Títulos de Deuda de Standard & Poor’s, registrado ante la CNV al momento de los hechos en estudio, preveía que serían calificados en la categoría “E” los valores de mediano y largo plazo -entre otras causales- cuando “los dictámenes de los auditores externos tengan abstención de opinión u opinión adversa cuyas causas subsistan a la fecha de la calificación”.

De tal forma, la interpretación sugerida por la calificadora de lo dispuesto en el propio manual de procedimientos, importa contrariar lo allí claramente establecido y convierte al precepto en letra muerta. Es necesario reiterar que la sociedad sancionada sostiene que la abstención de opinión de los auditores sobre los estados contables no debía conducir a una calificación “E”, en tanto no tenía su razón en la falta de presentación de documentación por parte de las emisoras sino en la crisis económico financiera del país.

De acuerdo a la doctrina del Máximo Tribunal, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inte-

ligencia que equivalga a prescindir de su texto, y cuando ella no exige esfuerzo en su hemenéutica debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos 329:3470).

En relación con ello, cabe recordar que el artículo 13 del Decreto N° 656/92 establece que para emitir una calificación, el consejo debe examinar -entre otros aspectos- “la solvencia y la capacidad económica de la emisora, la rentabilidad, la calidad gerencial y de organización de la empresa, el contexto económico en el que opere, las características del instrumento, su liquidez en el mercado y las garantías y demás información disponible para su calificación”. De ahí que la crisis económica y financiera imperante en el país durante el ejercicio económico 2001 de las emisoras -tal como fue resaltado por la CNV y por el tribunal actuante-, lejos de resultar un atenuante, exigía mayor precisión en la información proporcionada al público inversor. Estos aspectos no fueron debidamente aclarados por la calificadora, sin que, por otra parte, el Manual de la calificadora permitiera de algún modo la flexibilidad invocada.

En este sentido, es oportuno recordar que la transparencia, información plena y simetría de información son principios que deben regir la conducta de los participantes directos e indirectos en el mercado de valores, en protección, fundamentalmente, del público inversor y como modo de garantizar el correcto funcionamiento del mercado como parte esencial del sistema financiero.

La importancia de estos principios y la necesidad de protección de los consumidores financieros, como bien jurídico tutelado, son resaltadas en la Exposición de Motivos de la Ley N° 17.811 (v. pto. 2 quinto párr. y Cap. I, ap. 4, último párr.); en los fundamentos del Decreto N° 677/01 (primer y quinto párr. del Considerando) y en la Ley N° 26.831 de Mercado de Capitales (B.O. 28/12/12), aunque ésta, por la fecha de su dictado, no resulta aplicable al caso (v. art. 1, inc. b) y art. 39). Como resaltó la alzada a fojas 548 en relación con lo expuesto, los considerandos del Decreto N° 656/92 destacaron que el desarrollo ordenado y transparente del mercado de capitales requiere la existencia de firmas especializadas que tengan por objeto satisfacer la demanda de información del público inversor mediante la calificación de riesgo de los títulos de crédito a colocarse a través del régimen de oferta pública.

En tales condiciones, la sola mención por parte de la calificadora de haber contado con suficiente información, sin especificar, en forma concreta y precisa en qué consistía ella, no resulta hábil para rebatir

la conclusión a la que arriba el pronunciamiento. En igual medida, las referencias al respaldo de las casas matrices de las emisoras, tampoco poseen aptitud para modificar la solución, ponderando especialmente que no fue ni siquiera señalado en el dictamen de calificación la modalidad o las razones ahora invocadas por la sociedad para no aplicar la calificación “E” -ante la falta de opinión de los auditores externos respecto de los estados contables-, como preveía el Manual de procedimientos conforme surgía de la lectura que podía realizar un inversor común.

Por otra parte, la falta de perjuicio o daño alegado debe ser rechazado como argumento válido. Por un lado, constituye una reiteración de planteos presentados en las instancias anteriores y que fueron debidamente atendidos en las instancias judiciales y administrativas anteriores. Las transgresiones a la Ley N° 17.811, sus modificatorias y a las resoluciones generales dictadas por la CNV constituyen violaciones a normas de policía (v. Fallos 305:1125). La sanción pecuniaria aplicada por el organismo de control ante tales infracciones persigue prevenir y restaurar la violación de la Ley de oferta pública de valores negociables y sus reglamentaciones, actividad indispensable para lograr un ordenado, eficaz y transparente desenvolvimiento del mercado bursátil (Fallos 330:1855). Es más, las multas impuestas en ese marco no poseen carácter resarcitorio ni retributivo del posible daño causado, sino una finalidad disuasiva o preventiva (Fallos 330:1855).

-VII-

En relación con los agravios presentados por los directores, opino que deben ser igualmente desestimados por las razones que más adelante se expondrán.

En primer término, debo reiterar que la Ley N° 17.811 otorgó a la CNV una serie de atribuciones, entre las que se encuentran la función de fiscalización y la función regulatoria (arts. 6, inc. f) y 7, prim. parte, Ley N° 17.811). En virtud de lo anterior, puede dictar las normas a las cuales deben ajustarse todos los participantes en la oferta pública de valores negociables, y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones, entendidas éstas en sentido amplio y comprensivo de todo el ordenamiento jurídico (Exp. de Mot. Ley N° 17.811, pto. 14, Cap. IV).

La alegada falta de intervención en los dictámenes de calificación y la invocada ausencia del deber de supervisión sobre la actuación del consejo de calificación, no constituyen planteos válidos ni se sustentan en lo dispuesto en las normas a las que deben ajustar la conducta los miembros del órgano de administración.

En efecto, el artículo 59 de la Ley N° 19.550 fija un standard de conducta para los directores, cual es el obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, a la vez que les se impone responsabilidad solidaria e ilimitada con causa en el incumplimiento de sus obligaciones, por acción u omisión.

De tal forma, no puede sostenerse válidamente que no le competía al directorio vigilar la tarea del consejo de calificación, máxime cuando la sociedad tiene por objeto social exclusivo, calificar valores negociables (art. 6, inc. b), Dec. N° 656/92). Si bien es cierto que el consejo de calificación posee una función determinante en la sociedad, el Decreto N° 656/92 aplicable a la actividad, ello no modifica el régimen de responsabilidad previsto respecto de los directores en la Ley N° 19.550.

-VIII-

En función de ello, a mi modo de ver, V.E. debe confirmar la sentencia, en cuanto fue materia de recurso extraordinario, y desestimar la presentación directa. Buenos Aires, 23 de abril de 2013.
M. Alejandra Cordone Rosello.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de abril de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Comisión Nacional de Valores c/ Standard & Poor’s Ratings LLC. Suc. Argentina s/ organismos externos”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la resolución 15.335 dictada por la Comisión Nacional de Valores (en adelante “CNV”) el 21 de febrero de 2006, por la cual se aplicó a Standard & Poor’s International Rating LLC. Sucursal Argentina (en adelante “Standard & Poor’s”) -en forma solidaria con sus directores y miembros del consejo de calificación- una multa de \$ 20.000 por infracción al artículo 4º del Capítulo XVI de las Normas dictadas por esa comisión (N.T. 2001).

Para así decidir, consideró que Standard & Poor's no cumplió con su propio manual -registrado ante la CNV- al asignar la calificación correspondiente a los títulos de mejor calidad y más bajo riesgo ("raAAA") al Programa Global de Obligaciones Negociables Serie Senior y Subordinada por un monto de hasta USD 1.500.000.000 del Citibank N.A. Sucursal Argentina y al Programa Global de Obligaciones Negociables por USD 500.000.000 del BankBoston N.A. Sucursal Argentina. Agregó que según lo establecido por el manual debía ser calificado con categoría "E" todo título emitido por sociedades cuando -como en el caso- los dictámenes de los auditores externos tuvieran abstención de opinión (fs. 548/551 del expte. principal).

2º) Que contra esta decisión Standard & Poor's interpuso el recurso extraordinario de fs. 575/587, cuya denegación (fs. 790/791) dio lugar a la presente queja.

La recurrente sostiene que el fallo incurre en exceso ritual manifiesto al apegarse literalmente a la norma invocada sin dejar margen para una interpretación razonable de su finalidad. Señala en tal sentido que a pesar de la abstención de opinión de los auditores externos de las entidades emisoras, contaba con suficiente información para calificar a los programas de Citibank y BankBoston del modo en que lo hizo y que la calificación asignada, de acuerdo a la interpretación que realiza de las normas en juego, no implicó infracción alguna.

3º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de preceptos federales (ley 17.811 y decreto 656/92 —aplicables al caso en atención al momento en que ocurrieron los hechos de la causa—, así como normas emitidas por la CNV) y actos de autoridad nacional dictados en su consecuencia, resultando la decisión contraria a la pretensión de la apelante (artículo 14, incisos 1º y 3º, de la ley 48).

Cabe recordar que en la tarea de esclarecer la interpretación de este tipo de normas, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones de las partes sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre los puntos en debate (Fallos: 311:2553; 323:1491; 330:1855). Por otra parte, corresponde examinar las causales de arbitrariedad invocadas, en la medida en que se vinculan, de un modo inescindible, con la interpretación de las disposiciones federales en cuestión (Fallos: 321:703 y sus citas).

4º) Que en atención a los agravios expresados por la recurrente, la cuestión a resolver consiste en determinar si la conducta llevada a cabo por la sociedad calificadoras constituyó una infracción a las normas aplicables, merecedora de la sanción que le fue impuesta.

5º) Que la ley 17.811 asignó a la CNV la función de ejercer el poder de policía sobre la oferta pública de valores negociables, como modo de resguardar los intereses de los inversores mediante la protección de la transparencia de las operaciones —bien jurídico tutelado—, necesaria para mantener las condiciones de seguridad y confianza que impulsan la difusión de la propiedad de aquellos valores (v. Exposición de Motivos). A dicho fin, la mencionada entidad dicta las normas a las cuales deben ajustarse las personas físicas y jurídicas que en cualquier carácter intervengan en la oferta pública de títulos valores, fiscaliza su cumplimiento (artículos 7º, primera parte, y 6º, incisos d y f), y puede aplicar las sanciones previstas en el artículo 10, luego de sustanciado el sumario administrativo en el que se detecten infracciones normativas (Fallos: 330:1855).

En ese marco, corresponde a la CNV la inscripción y fiscalización de las sociedades calificadoras de riesgos, que para obtener su inscripción deben registrar ante esa comisión la metodología de calificación y el manual de procedimientos correspondiente (artículos 5º y 6º, inciso h, del decreto 656/92 y sus considerandos).

6º) Que en lo que aquí interesa, el artículo 13 del citado decreto establecía:

“Los títulos representativos de deuda se calificarán en categorías que serán denominadas, respectivamente, con las letras A, B, C, D y E. A fin de emitir la calificación, el consejo deberá examinar —entre otros aspectos— la solvencia y la capacidad de pago de la emisora, la rentabilidad, calidad gerencial y de organización de la empresa, el contexto económico en el que opere, las características del instrumento, su liquidez en el mercado y las garantías y demás información disponible para su calificación.

La calificación A, B, C o D deberá utilizarse para los títulos emitidos por emisoras que hayan cumplido satisfactoriamente los requisitos de información exigidos por las normas vigentes y las necesidades de la sociedad calificadoras. La calificación A corresponderá

a los títulos de mejor calidad y más bajo riesgo. En un orden decreciente, la calificación D corresponderá a los títulos de menor calidad y mayor riesgo.

La calificación E deberá ser conferida a los títulos de emisoras que no hayan cumplido debidamente los requisitos de información impuestos por las normas vigentes y necesarios para la calificación de su título.”

Asimismo, según el artículo 14 de ese decreto, “[e]n todos los casos, la calificación original y las efectuadas con posterioridad en los términos del artículo 4º, deberán otorgarse de acuerdo a los antecedentes provistos por la empresa que solicita el servicio de calificación y aquellos obtenidos de fuentes propias por la sociedad calificadora, conforme a su metodología y manual de procedimiento”.

En igual sentido, el artículo 4º del Capítulo XVI de la Normas (N.T. 2001 y sus modificaciones, según redacción vigente al momento de los hechos) preveía que “[l]a calificación de valores negociables u otros riesgos prevista por el Decreto N° 656/92 deberá basarse en los procedimientos descriptos en el manual registrado previamente ante la Comisión, el cual deberá contener claramente los pasos a seguir en el proceso de calificación”.

A su vez, el manual de “Metodologías de Calificación de Títulos de Deuda” presentado por Standard & Poor’s y registrado en la CNV mediante la resolución 11.908 -también vigente al momento de los hechos investigados- disponía que “[s]erá calificado en la categoría ‘E’ todo título emitido por sociedades que se encuentran en una o más de las siguientes situaciones: a)... b) Cuando los dictámenes de los auditores externos tengan abstención de opinión u opinión adversa cuyas causas subsistan a la fecha de la calificación...”.

7º) Que se encuentra fuera de discusión que el día 15 de julio de 2002 Standard & Poor’s asignó a los programas de obligaciones negociables emitidos por Citibank N.A. Sucursal Argentina y BankBoston N.A. Sucursal Argentina la máxima calificación prevista en el sistema (“raAAA”) pese a encontrarse configurado en ambos casos el supuesto de abstención de opinión de los auditores externos respecto de los estados contables al 31 de diciembre de 2001 (conf. informes de los auditores de fs. 74/75, 76/78, 154/155 y 175/177).

8º) Que según surge de las normas referidas en los considerandos anteriores, los manuales de procedimiento que las sociedades calificadoras tienen registrados en la CNV resultan de aplicación obligatoria para la calificación que ellas realizan.

El manual registrado por Standard & Poor's al momento de realizar la calificación en cuestión establecía con carácter imperativo que debía asignarse la calificación "E" cuando, entre otras situaciones, *"los dictámenes de los auditores externos tengan abstención de opinión"*.

Precisamente esto último es lo que ocurrió en el caso y, por consiguiente, al calificar con "raAAA" los títulos en cuestión, Standard & Poor's incurrió en un claro incumplimiento de su propio manual. Ello así, toda vez que pese a la abstención de opinión de los auditores no asignó la calificación "E" a los títulos, sin siquiera advertir acerca de tal abstención.

A criterio del Tribunal, ese incumplimiento resulta suficiente para tener por configurada la infracción y justificar la sanción aplicada.

9º) Que los agravios de la recurrente resultan ineficaces para alterar esa conclusión.

En efecto, las sociedades calificadoras de riesgos cumplen un rol fundamental en el desarrollo de los mercados de capitales y en la promoción de la transparencia de la información. La calificación de títulos que se colocan a través del régimen de oferta pública constituye un servicio que, al ser realizado en beneficio del conjunto de inversores, compromete el interés público, y por tal razón, requiere que sea desempeñado por empresas cuyos integrantes cuenten con un alto nivel de especialización en la materia y con una moral irreprochable. Asimismo, debido a la gran influencia que ejerce en el mercado -tanto nacional como internacional- la actividad exige una altísima responsabilidad, debiendo llevarse a cabo con especial cuidado y prudencia y con estricto apego a las normas reglamentarias.

10) Que Standard & Poor's afirmó en reiteradas oportunidades que tuvo en cuenta el contexto económico para calificar a los títulos en cuestión (v. presentación administrativa de fs. 4; recurso de apelación ante la cámara, fs. 503 vta.; y recurso extraordinario, fs. 582 vta.). En

este sentido, ante esta Corte reconoció expresamente que “*se presentaba una crisis económico-financiera de orden nacional (años 2001/2), con serio deterioro de la confianza social en las entidades bancarias...*”, y que tal situación, por ser de público y notorio conocimiento, “*debía ser necesariamente tomada en cuenta a la hora de calificar los títulos emitidos por Citibank y BankBoston*” (fs. 579/579 vta., el resaltado pertenece al Tribunal).

Sin embargo, tal aseveración no se compadece con otro argumento sostenido por la apelante, según el cual los estados contables de las entidades y los informes de los auditores respectivos habían perdido relevancia para determinar el verdadero riesgo de pago de las obligaciones financieras en razón de la situación en que se encontraban dichas entidades a raíz de los extraordinarios sucesos económicos ocurridos desde diciembre de 2001 (v. presentación administrativa de fs. 11 y descargo de fs. 430/441, especialmente fs. 433/433 vta.).

La contradicción es clara. Por un lado se afirma que la situación de crisis debía ser necesariamente tomada en cuenta para calificar a los títulos y, por el otro, se sostiene que esa misma circunstancia no resulta relevante a tal fin. Dicho de otro modo, o bien Standard & Poor's tuvo en cuenta el contexto económico para calificar a los títulos en cuestión o, por el contrario, lo relativizó al quitar relevancia a los estados contables y a los informes de los auditores. Al respecto, no puede perderse de vista que la abstención de opinión de los auditores sobre los estados contables al 31 de diciembre de 2001 se fundó precisamente en la incertidumbre generada por la delicada crisis económica que atravesaba el país en aquél momento (v. informes de los auditores de fs. 74/75, 76/78, 154/155 y 175/177).

11) Que sin perjuicio de ello, corresponde advertir que la alegada pérdida de relevancia de los estados contables y los informes de los auditores mereció en sí misma serias observaciones por parte del órgano de control, quien advirtió: a) que dichos estados contables son la base para cualquier evaluación sobre la situación patrimonial y económico-financiera de la entidad, sus perspectivas futuras y la capacidad de repago de sus obligaciones, que constituye la finalidad de los informes de calificación de riesgos; b) que los informes de auditoría de los estados contables son la única confirmación independiente por parte de un profesional especializado (contador público) de la situación de la entidad; y c) que los estados contables en cuyas

notas se expone una significativa incertidumbre -como en el caso de los bancos analizados- condicionan cualquier análisis que se quiera hacer en base a ellos (conf. informe de la Subgerencia de Asesoramiento Técnico Contable, fs. 264/265).

12) Que, por otra parte, la ya aludida afirmación de Standard & Poor's de que tuvo en cuenta el contexto económico para calificar a los títulos también se opone a otra de las defensas sostenidas en el transcurso del proceso, de acuerdo con la cual, pese a la grave crisis económica que atravesaba el país y especialmente el sistema financiero en aquel momento, los títulos merecían la calificación asignada -la más alta de su escala para la República Argentina- porque las entidades emisoras contaban con el respaldo de sus casas matrices.

Afirmó en tal sentido que “[l]a asignación de la categoría ‘raAAA’ responde primordialmente al hecho de que los títulos calificados han sido emitidos por la sucursal argentina de una entidad bancaria extranjera. Luego, independientemente de la incidencia que la situación macroeconómica local pueda tener en la situación económico-financiera específica de la sucursal —y/o sobre el resto de las entidades del sistema— el repago de los títulos tiene, por aplicación de principios jurídicos vigentes en materia de responsabilidad societaria, el respaldo patrimonial de su casa matriz” (fs. 99). Asimismo, al apelar ante la cámara expresó que “...si STANDARD & POOR'S asignó a los programas de Citibank y BankBoston una calificación de ‘raAAA’ —y no una calificación ‘E’, como pretende la Comisión— ello fue en razón del respaldo de casa matriz que aquéllas tienen por ser sucursales de sociedades extranjeras. Y esto constituyó un elemento determinante que la calificadora tuvo en cuenta —según surge claramente del informe de calificación— al tiempo de concluir sobre la calificación a asignar a tales programas” (fs. 503 vta.). En el mismo sentido, ya en el recurso extraordinario ante esta Corte, añadió que “...S&P estimó que la información que tenía sobre las entidades emisoras era suficiente para adoptar la calificación sobre los programas de Citibank y BankBoston; sin que la abstención de los auditores externos de dichos bancos de emitir opinión, determinado por el convulsionado contexto económico financiero general nacional, pudiera cambiar su opinión sobre la calidad crediticia de los títulos calificados, fundada en el respaldo que las respectivas casas matrices daban a sus sucursales en la República Argentina, en relación al cumplimiento de las obligacio-

nes bajo los Programas de Obligaciones Negociables citados” (fs. 580 vta., el resaltado pertenece al Tribunal).

13) Que, de este modo, la recurrente contradice nuevamente su argumento inicial de haber contemplado el contexto económico, recurriendo a un supuesto respaldo de las casas matrices para restar incidencia a dicho contexto y justificar así la más alta calificación que asignó a los títulos.

14) Que no obstante ello, lo que resulta aún más grave es que -contrariamente a lo afirmado con insistencia por Standard & Poor’s- los títulos en cuestión **no contaban con garantía alguna de sus casas matrices**.

En efecto, de los informes elaborados por la Subgerencia de Sociedades Emisoras de la CNV -no cuestionados por Standard & Poor’s- surge que **los prospectos de emisión de las obligaciones negociables de Citibank y BankBoston no contemplaban el compromiso de sus casas matrices de afrontar el pago de los títulos; por el contrario, preveían en forma expresa que se trataba de obligaciones no garantizadas y asumidas exclusivamente por la entidad emisora de los títulos, es decir, la sucursal argentina** (v. fs. 269 y 270).

15) Que, por otra parte, a lo largo de todo el proceso, Standard & Poor’s ha sostenido una singular posición en lo relativo al modo según el cual debería ser “interpretada” la norma de su manual de metodologías de calificación en virtud de la cual le fue impuesta la sanción de multa (“...[s]erá calificado en la categoría ‘E’ todo título emitido por sociedades que se encuentran en una o más de las siguientes situaciones: a)... b) Cuando los dictámenes de los auditores externos tengan abstención de opinión u opinión adversa cuyas causas subsistan a la fecha de la calificación...”).

En tal sentido, a partir de lo expuesto en la presentación de fs. 96/101 y reiterado en el descargo (fs. 433 vta. y siguientes), en la apelación (fs. 501 vta. y siguientes) y en el remedio federal en análisis (fs. 580 y siguientes), la recurrente entiende que, en realidad, según la disposición transcripta, la única abstención de opinión de los auditores externos que imponía la calificación “E” era la fundada en la falta de información imputable al emisor, hipótesis diferente a la configurada en el caso, donde dicha abstención obedeció a “factores sistémicos”, ajenos a la conducta y calidad del emisor.

16) Que tal postura resulta manifiestamente insostenible.

En efecto, según reiterada doctrina de esta Corte, la primera fuente de exégesis de las normas es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por ellas. En análogo sentido, el Tribunal ha sostenido reiteradamente que no cabe apartarse de la letra de las normas cuando ella es clara, sin que sea admisible una interpretación que equivalga a prescindir de su texto (Fallos: 311:1042; 312:2078; 313:1007; 315:1256; 318:950; 324:2780; 328:43, entre otros).

En el caso, efectuando una distinción que la norma no contiene -ante lo cual corresponde recordar el conocido adagio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*-, la apelante intenta una interpretación que, al prescindir del inequívoco texto de la norma, no resiste el más mínimo análisis. Basta con poner de relieve que la disposición, ante la configuración de una determinada y explícita situación -cuando los dictámenes de los auditores externos tengan abstención de opinión-, impone directamente una determinada consecuencia -calificar en la categoría 'E'-, sin conceder margen para el apartamiento de la previsión, todo lo cual es expresado en "*el sentido más obvio al entendimiento común*" (Fallos: 248:111, considerando 7º).

17) Que, sin perjuicio de ello, cabe agregar que Standard & Poor's no ha invocado razón valedera alguna que autorice mínimamente a afirmar que en la exégesis de la norma en juego corresponda adoptar un criterio "flexible", postura que -por otra parte- resultaría directamente contraria a los principios de certeza y seguridad que corresponden aplicar en el ámbito de que se trata.

18) Que cabe señalar que la conducta asumida por Standard & Poor's en el presente caso no solo resultó contraria a la integridad con la que sostuvo haber realizado los procesos de calificaciones en cuestión (fs. 506 vta.) sino también a los estándares de cuidado y transparencia exigibles para el ejercicio de su función.

La relevancia que las sociedades calificadoras de riesgo tienen en el funcionamiento de los mercados, implica un mayor deber de previsión respecto de las decisiones que adoptan. Ello, a su vez, las obliga a adoptar todas las medidas internas exigibles a un buen profesional

de la actividad, al control de sus resultados a fin de evitar errores cuya repercusión pueda afectar a terceros y a respetar todos los procedimientos de auditoría conforme con las prácticas internacionales. El impacto que tienen los informes de las calificadoras de riesgo es consistente con la exigencia de una conducta ajustada a los más estrictos criterios de buena fe y transparencia.

Este tipo de comportamientos por parte de las calificadoras de riesgo, lejos de cumplir con las funciones que las normas les asignan, son susceptibles de generar confusión y hasta error en el público inversor. La seguridad jurídica está comprometida cuando los consumidores y usuarios padecen la falta de certeza o los errores de quienes deben darle confianza.

Cabe señalar que estas conductas afectan la transparencia en los mercados, la realidad de las empresas y la confianza de los consumidores, todo lo cual redundan en la economía general de un país, lo que las hace pasibles de un juzgamiento más estricto de su responsabilidad.

19) Que, por último, no puede dejar de advertirse la reprochable actitud adoptada por la recurrente a lo largo del proceso -incluso ante esta Corte- al sostener el falaz argumento vinculado a la responsabilidad de las casas matrices, según lo expuesto en el considerando 14.

Por ello, habiendo dictaminado la Procuración General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y devuélvase el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT,
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

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, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de queja interpuesto por **Standard & Poor's Ratings LLC. suc. Argentina**, representada por el Dr. **Eduardo E. Represas**.

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

FELEZ, GERONIMO Y OTROS C/ SAN JUAN, PROVINCIA DE
S/ EXPROPIACIÓN INVERSA

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Corresponde rechazar el planteo de caducidad de la instancia si la misma no es viable cuando se ha producido el desapoderamiento contra el propietario y la cuestión pendiente queda circunscripta a la determinación de la justa indemnización debida al expropiado y en el caso no se encuentra controvertida la situación de desapoderamiento de la fracción del inmueble objeto del pleito.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de abril de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 522/523 la demandada, Provincia de San Juan, plantea la caducidad de la instancia por considerar que desde la providencia del 17 de abril de 2012 (fs. 521), hasta la oportunidad en que acusa la perención (19 de diciembre de 2012), ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 310, inciso 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin que se haya cumplido actividad impulsoria del juicio.

Corrido el pertinente traslado, la contraparte solicita el rechazo del planteamiento porque, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 de la ley 21.499, es improcedente tal declaración cuando se comprueba que el expropiante ha tomado posesión del bien y el expropiado sólo cuestiona el monto de la indemnización (fs. 526/528).

2º) Que esta Corte ha resuelto que la declaración de caducidad no es viable cuando se ha producido el desapoderamiento contra el propietario y la cuestión pendiente queda circunscripta a la determinación de la justa indemnización debida al expropiado (Fallos: 240:370).

3º) Que en el sub lite no se encuentra controvertida la situación de desapoderamiento de la fracción del inmueble objeto del pleito.

Por otro lado, a fs. 366/383 obra el dictamen de valuación del Tribunal de Tasaciones de la Nación, respecto del cual las partes ya manifestaron sus posturas.

En tales condiciones, el estado del trámite de estas actuaciones encuadra en la situación indicada en el considerando 2º precedente y, por ende, dentro de los presupuestos establecidos en el citado artículo 30 de la ley 21.499, el cual veda la posibilidad de decretar la caducidad de la instancia en el presente caso (conf. Fallos: 308:984).

Por ello, se resuelve: I. Rechazar el planteo de caducidad de la instancia de fs. 522/523. Con costas (arts. 68, 69 y 73 del código citado). II. En mérito al prolongado trámite al que ha dado lugar la sustan-

ciación de este proceso y sin perjuicio de lo que en definitiva pudiera resolverse en relación a las cuestiones que se encuentran pendientes, convócase a las partes a la audiencia del día 21 de mayo de 2014, a la hora 11, en los términos del art. 36, inciso 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la que se celebrará en el ámbito de la Secretaría. Notifíquese.

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

Nombre del actor: **Felez, Gerónimo y otros.**

Nombre del demandado: **San Juan, Provincia de.**

Profesionales intervinientes: **actora: Dres. Alberto Pascual Sevilla Dávila. Demandada: Emilio J. Daneri Conte Grand.**

DUICH DUSAN, FEDERICO c/ CEMIC CENTRO DE
EDUCACION MEDICA E INVESTIGACIONES CLINICAS
NORBERTO QUIRNO s/ AMPARO

DERECHO A LA SALUD

Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en el PMO, pues el enfoque restrictivo que subyace en la decisión, al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura, y el someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte, desnaturaliza el régimen propio de la salud, uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponible dejando sin cobertura una grave necesidad que los jueces admitieron como tal.

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

ASISTENCIA MEDICA

Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en

base a que no se hallaba incluida en el PMO, pues el Tribunal ha juzgado (Fallos: 325:677) que el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisibles las referencias históricas al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha cobertura, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales.

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

INTERVENCION QUIRURGICA

Aún cuando, a raíz de la medida anticipatoria decretada en autos, ya haya tenido lugar la intervención quirúrgica que la demanda procuraba obtener -cirugía con endoprótesis no prevista en el PMO-, queda subsistente un interés suficiente en la habilitación de la instancia extraordinaria, desde que el sentido de la resolución final tendrá directa influencia sobre la determinación del sujeto que en definitiva habrá de afrontar los costos de la operación.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil -Sala I- que revocó lo decidido por el juez de primera instancia y desestimó el amparo promovido en autos, la parte actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 308/327, concedido a fs. 348.

- II -

Para así decidir, la Sala indicó que ni en la Resolución N° 1991/2005 -que aprobó como parte integrante del P.M.O. las previsiones contenidas en la anterior Resolución 201/2002, incorporando nuevas prestaciones, modalidades y productos medicinales-, ni en ninguna otra norma posterior, se ha hecho mención al procedimiento requerido (cirugía con endoprótesis).

Señaló que, según lo informado a fs. 206 por la Superintendencia de Seguros de Salud, aquel Programa sí incluye el tratamiento quirúrgico del aneurisma de aorta abdominal y la cirugía de las ramas viscerales de la aorta abdominal y troncos ilíacos.

Mas aún -dijo-, las nombradas intervenciones y la endoprótesis conforman arbitrios distintos, presentando importantes diferencias desde los ángulos médico y económico. En este sentido, aclaró que el último de dichos sistemas -al tiempo que resulta más oneroso- es menos invasivo, con lo cual puede llevarse a cabo tanto en pacientes con buen estado general como en otros que, como el actor, presentan factores de riesgo.

Concluyó que no es posible confundir una cirugía con otra ni admitir que, al contemplar el “tratamiento quirúrgico del aneurisma de aorta abdominal”, el P.M.O. haya también comprendido la técnica endovascular con colocación de prótesis, dado que -al ser una práctica de aparición reciente- mal puede considerarse alcanzada por un nomenclador dictado con anterioridad.

Aclaró que no obsta a dicha postura que se trate de un método aceptado, reconocido y regulado por la autoridad sanitaria nacional, si ésta en ningún momento la agregó en el P.M.O.; ni tampoco que haya entidades que ofrezcan a sus afiliados tal cobertura, pues la conducta de terceros extraños a la litis no puede ser fuente de obligaciones para quienes, como la aquí demandada, optaron por no hacerlo.

- III -

La apelación extraordinaria es formalmente procedente desde que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia del régimen de la salud y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho invocado por el recurrente (art. 14, inc. 3°, de la ley 48; arg. Fallos: 326:4931, por remisión al dictamen de esta Procuración).

En tales condiciones, los argumentos de las partes o del *a quo* no vinculan la decisión a adoptar en esta instancia, sino que incumbe a esa Corte realizar una declaración sobre el punto en disputa (Fallos: 330:2286, 2416, 3758, 3764 y 4721; 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Por otro lado, aun cuando -a raíz de la medida anticipatoria decretada en autos- ya ha tenido lugar la intervención quirúrgica que la demanda procuraba obtener, queda subsistente un interés suficiente en la habilitación de esta instancia, desde que el sentido de la resolución final tendrá directa influencia sobre la determinación del sujeto que -en definitiva- habrá de afrontar los costo de la operación.

Asimismo, atento a que varias de las alegaciones formuladas desde la perspectiva de la arbitrariedad guardan estrecha relación con el alcance que los jueces atribuyeron a la mencionada materia federal, ambas aristas se examinarán conjuntamente (arg. Fallos: 321:2764; 325:2875; 326:1007; 327:3536, 5736, entre otros).

- IV -

No he de extenderme aquí en consideraciones acerca de los criterios centrales aplicables a la hora de interpretar el régimen de la salud, pues tanto V.E. como esta Procuración General han tenido sobrada ocasión de expedirse acerca de los lineamientos propios del área. A ellos, pues, he de remitirme (v. esp. Fallos: 302:1284 esp. consid. 8º; 312:1953; 316:479; 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:754 y 3569; 325:292; 326:4931; 327:2127; 328:1708; 329:1226, 1638, 2552 y 4918; 330:3725; 331:453 y 2135; 332:1394; S.C. S. N° 670, L. XLII, *in re* “Sánchez, Elvia Norma c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro”, del 15 de mayo de 2007; S.C. M. N° 2648, L. XLI, *in re* “María Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial s/acción de amparo”, del 30 de octubre de 2007; v. asimismo, en lo pertinente, dictámenes emitidos *in re* S.C. A. N° 804, L. XLI, “Arvilly, Giselle Marina c/ Swiss Medical S.A.”, de fecha 14 de febrero de 2006; y S.C. R. N° 796, L. XLII, “Rago, Juan Ignacio c/ Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires Sistema de Salud”, de fecha 1º de octubre de 2007).

Pienso, sin embargo, que los términos de la cuestión planteada hacen menester explicitar en particular que:

i.- la primera fuente en la exégesis de la ley es su letra. Empero, no deben desvirtuarse ni la intención del legislador ni el espíritu y fin último de la norma, puesto que las conclusiones extraídas a partir de esa letra han de armonizar con el ordenamiento jurídico, especialmente con los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Ha de prevenirse que la inteligencia de un precepto -basada incluso en su literalidad-, conduzca a resultados que no concilien con las pautas rectoras de la materia o sean notoriamente disvaliosos (v. Fallos: 302:1284, voto de los Dres. Frías, Guastavino; 331:2135, consid. 4º y sus citas).

ii.- la interpretación armónica del plexo normativo, es la que mejor representa la voluntad del legislador respecto de la protección del derecho a la salud, conforme lo dispuesto por el art. 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional.

iii.- el ser humano es la razón de ser de todo el sistema jurídico. En tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, la persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes tienen siempre un carácter instrumental.

iv.- el estatuto de la salud está dotado de objetivos y valores que refleja el art. 2° de la ley 23.661, cuando toma como parámetro, entre otros, el mejor nivel de calidad disponible.

v.- el derecho a la salud, sobre todo si se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer -y preexistente- derecho de la persona humana, reconocido y garantizado tanto por la Constitución Nacional como por diversos tratados de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -art. 12.1-; Convención Americana sobre Derechos Humanos -arts. 4.1 y 5.1-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 6.1-; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. 1-; Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 3-; art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna; v. asimismo Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -XXII° Período de Sesiones, Año 2000-, esp. parág. 1, 2 y 3).

vi.- las especificaciones que emanan del P.M.O. resultan complementarias y subsidiarias respecto de las pautas que conforman las bases del régimen de la salud.

vii.- el argumento relativo al área de los costos, exige una demostración del desequilibrio que se generaría con el otorgamiento de la cobertura integral.

- V -

Reseñados así los conceptos clave con los que, a mi ver, debe abordarse la respuesta del problema, creo útil precisar seguidamente algunos de los aspectos que llegan fijados a esta instancia, a saber:

(i) el amparo es la vía apta para ventilar la pretensión objeto de la demanda.

(ii) el actor está afiliado a CEMIC desde agosto de 1994 y se encuentra al día en el pago de las cuotas. Es un paciente de riesgo y ha presentado -entre otras afecciones, como EPOC severo-, un aneurisma de aorta abdominal.

(iii) el procedimiento quirúrgico que se requiere en autos -de características menos invasivas que la cirugía convencional, aceptado y

regulado por la autoridad sanitaria nacional, de utilización frecuente en nuestro medio, y prescripto por dos especialistas que pertenecen a la estructura del CEMIC-, fue calificado, sin controversia, como necesario para la salud del paciente.

(iv) en el catálogo de la Resolución N° 201/2002 (Anexo II [código 070401]), aparece el “tratamiento quirúrgico del aneurisma de aorta abdominal”.

- VI -

En el predicho marco, he de disentir con la lectura que los jueces han hecho de la normativa aplicable.

En efecto, como ya se reseñó en el punto II, la premisa del fallo es que el tratamiento quirúrgico reclamado no figura en el elenco del P.M.O. Dicha proposición corona con la idea de que, aunque el nomenclador alude a la cirugía del aneurisma de aorta abdominal, esa referencia no puede entenderse como comprensiva del método endovascular, de aparición posterior.

Pienso que ese fundamento lo es sólo en apariencia, en tanto omite explorar los elementos particulares del caso a la luz de la doctrina federal ya referida. Va así en detrimento de prerrogativas fundamentales, a cuya tutela apunta el ordenamiento en su conjunto; con mayor intensidad en función de la edad del actor, acreedor privilegiado de protección por integrar un grupo singularmente vulnerable, tal cual lo proclama la mencionada Resolución N° 201/2002.

En este orden -bien que en un supuesto de fuente contractual- V.E. juzgó que el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisibles la referencia histórica al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha cobertura, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales (Fallos: 325:677).

A mi entender, ese criterio orienta indudablemente la solución del caso, máxime si se repara en que la propia Resolución ministerial aplicable y el Anexo respectivo, se apoyan concretamente en la índole dinámica de la ciencia médica, de donde derivan la necesidad de una adecuación permanente “...sobre la base de la evidencia disponible...” y proponen como finalidad “...aumentar el número de prácticas a protocolizar...” (v. sus considerandos).

En esa misma línea, tal como se advirtió en el precedente de Fallos: 330:3725, el art. 28 de la ley 23.661 previó *expressis verbis* que el programa de prestaciones obligatorias se actualizará periódicamente. Allí V.E. apuntó que “[...]esta modalidad, por lo demás, encuentra explicación, entre muchas otras razones, en que el sistema de la ley 23.661 tiene como “...objetivo fundamental proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible” (art. 2), con lo cual, en buena medida, este cuerpo legal, al que remite la ley 24.754, se comunica con los derechos de toda persona “al disfrute del más alto nivel posible de salud...” y “...a una mejora continua de las condiciones de existencia...”, enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 12.1 y 11.1), en vigor desde 1986 (ley 23.313), y que cuenta con jerarquía constitucional a partir de 1994 (Constitución Nacional, art. 75.22)...” (v. su consid. 5°).

- VII -

Si volvemos ahora a repasar los datos relevantes del caso, veremos que en su momento la autoridad de aplicación incorporó la cirugía del aneurisma de aorta abdominal al P.M.O., lo cual implica que fue evaluado como un mal cuya cobertura meritaba una garantía especial del sistema de salud. En otras palabras, estamos ante una patología cuya resolución quirúrgica se ha considerado esencial para la preservación de la vida y la atención de las enfermedades (conf. motivación de la Resolución N° 201/2002). De allí que la obligación de cubrir dicha cirugía quedó impuesta, entre otras, para las entidades del tipo de la demandada, en función del reenvío que hace el art. 1° de la ley 24.754.

En autos nos encontramos, además, con que el actor padece una serie de co-morbilidades significativas, que han hecho menester la aplicación de una técnica en particular, conocida como endovascular. Esa necesidad -no discutida, recuerdo- fue reconocida en la sentencia apelada (v. fs. 300 vta., segundo párrafo).

Por otro lado, como ya se adelantó, tampoco se encuentra controvertido que la práctica requerida no sólo cuenta con la debida comprobación científica, sino que está regulada por la autoridad sanitaria nacional. Asimismo, la prescripción médica pertinente ha provenido de dos profesionales de CEMIC, en función del cuadro que presentaba el actor, sin que se haya cuestionado que dicha indicación médica fuese

incorrecta o contrariara los ejes establecidos en el modelo de abordaje de medicina basada en la evidencia (v. nuevamente considerandos de la citada Resolución).

Ante estos particulares antecedentes que caracterizan el caso, me parece que el enfoque restrictivo que subyace en la sentencia, al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura -y, por añadidura, someter a esta persona a una mecánica que entraña mayor peligro de muerte-, desnaturaliza el régimen propio de la salud (uno de cuyos estándares es, reitero, proporcionar el “mejor nivel de calidad disponible”), dejando sin cobertura una grave necesidad, que los jueces admitieron como tal.

Tengo para mí que la duda que originaría la fórmula genérica empleada por el nomenclador (“tratamiento quirúrgico del aneurisma de aorta abdominal”), no puede, en este contexto, decantar en la elección de la cirugía a cielo abierto -que, por lo demás, tampoco está designada en el catálogo-, en franco desmedro del enfermo, máxime si éste porta una afección que supone riesgo de vida.

De coincidirse con este punto de vista, también queda despejado inmediatamente cualquier interrogante en torno a la inteligencia del Anexo I (parág. 8.3.3.) de la resolución ministerial objeto de análisis, en tanto establece la cobertura integral de las prótesis e implantes de colocación interna permanente.

Igual juicio me merece la invocación de los mayores costos que irrogaría la práctica demandada, los cuales -interpreto- carecen de virtualidad determinante para la denegación de la prestación debida, sobre todo cuando, aún después de llevada a cabo la operación, nada se ha demostrado en el plano de los principios de justicia y solidaridad.

- VIII -

Lo expuesto basta, en mi opinión, para aconsejar que se declare procedente el recurso extraordinario interpuesto y se revoque la sentencia apelada. Buenos Aires, 24 de abril de 2012. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de abril de 2014.

Vistos los autos: “Duich Dusan, Federico c/ C.E.M.I.C. (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas ‘Norberto Quirno’) s/ amparo”.

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 declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, proceda a dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

CARLOS S. FAYT (*según su voto*)— ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI —
JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que las inobservancias al reglamento aprobado por la acordada 4/07 no constituyen, en el caso, un obstáculo insalvable ante los graves defectos de fundamentación que exhibe la sentencia impugnada (art. 11 del mencionado reglamento). Estos han sido debidamente ponderados en el dictamen que antecede, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia recurrida con el alcance indicado. Costas por su orden. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS S. FAYT.

Recurso extraordinario interpuesto por **Federico Dusan Duich**, representado por la Dra. **Claudia Cecilia Botello**.

Traslado contestado por el **Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC)**, representado por el Dr. **Julio I. Frigerio**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Civil n° 100**.

MAYO

ASOCIART SA ART (TF 21213-I) c/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Para que se perfeccione la causa que hace nacer el deber de pago de la comisión en cabeza de la aseguradora respecto de su productor y/o asesor deben producirse dos hechos jurídicos: tanto la suscripción del contrato de seguro como la percepción, por parte de la entidad aseguradora, del importe de la prima de ese convenio, por lo que mientras el cliente no pague a la ART el importe de la prima, no puede considerarse que nazca la obligación de esta última de abonar la comisión a sus productores y/o asesores y la deducción efectuada por la actora al momento de registrar contablemente los créditos por las primas a cobrar no resulta procedente conforme a lo dispuesto por los arts. 17 y 18 de la ley del impuesto a las ganancias.

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

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 2.821/2.824, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó lo resuelto por el Tribunal Fiscal de la Nación, quien había revocado las determinaciones de oficio practicadas a la actora en el impuesto a las ganancias por los períodos fiscales 1997 y 1998.

Para así decidir, recordó que el ajuste realizado por el Fisco Nacional se había sustentado en dos causas: la improcedencia de los créditos deducidos como incobrables y el momento de imputación de los gastos que, en concepto de comisiones, la accionante debía abonar a sus agentes y productores intermediarios.

Respecto del segundo motivo de ajuste -que, como se verá más adelante, es el único que aquí interesa- especificó que el art. 2° de la resolución 24.734 de la Superintendencia de Seguros de la Nación obliga a las aseguradoras de riesgos del trabajo (ART) a registrar contablemente, una vez al mes y en un mismo asiento, los créditos por primas a cobrar y la deducción de las comisiones “*por la retribución a productores en base a la producción*”.

Sobre esta premisa, afirmó que las comisiones y las primas se registran y computan en los libros de la sociedad al mismo tiempo y, por ende, que asistía razón al contribuyente al considerar que el gasto se había devengado en el momento de esa registración.

Resaltó que el art. 6° de la ley 22.400 establece que el derecho del productor asesor a cobrar la comisión se adquiere cuando la entidad aseguradora percibe efectivamente el importe de la prima o, proporcionalmente, al cobrarse cada cuota en aquellos seguros que se contraten con esa modalidad.

Sin embargo, sostuvo que ese precepto no es argumento suficiente para cuestionar la deducción de las comisiones efectuada por la aseguradora, toda vez que la ART se encuentra obligada a registrar contablemente el gasto por la comisión al mismo tiempo que el ingreso por la prima, devengándose ambos conceptos en ese momento, siendo intrascendente la oportunidad del efectivo pago de esas comisiones a los fines del impuesto a las ganancias.

Concluyó que una solución contraria implicaría poner a la ART en la falsa disyuntiva de cumplir con el art. 2° de la resolución 24.734 de la Superintendencia de Seguros de la Nación o bien con el ordenamiento jurídico tributario, interpretación que debe rechazarse, debiendo adoptarse el criterio que concilie ambas normas, dejando a todas ellas con valor y efecto.

- II -

Disconforme, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 2.830/2846, concedido a fs. 2.867.

En primer término, aclara que la impugnación de los cargos a resultados efectuados por la actora en concepto de castigos y deducciones por malos créditos -ajuste revocado por el Tribunal Fiscal en decisión compartida por la Alzada- no es objeto de esta apelación extraordinaria, por tratarse de cuestiones de hecho y prueba (cfr. fs. 2833, tercer párrafo).

En consecuencia, señala que sus agravios se centran en el rechazo a la impugnación de los pasivos contingentes deducidos por el contribuyente en concepto de pago de comisiones por premios a sus productores y/o asesores de seguros.

Puntualiza que, en virtud de lo ordenado por el art. 6° de la ley 22.400, los asesores y/o productores recién adquieren el derecho a exigir el pago de su comisión cuando la entidad aseguradora percibe efectivamente el importe de la prima.

En virtud de esta disposición, considera que la entidad aseguradora asume una obligación sujeta a una condición suspensiva, puesto que su deber de pago de la comisión sólo debe ser cumplido cuando ella cobre el importe de la prima.

En la hipótesis en que no se verifique nunca el ingreso de ese concepto, la obligación asumida por la ART se tornará inexistente y el gasto por comisiones no se habrá jamás devengado. En esta inteligencia, considera que la deducción de ese gasto en el balance impositivo, practicada por la actora en el momento de registrar contablemente los créditos por primas a cobrar, resulta improcedente en los términos de los arts. 17 y 18 de la ley del gravamen.

- III -

A mi modo de ver, el recurso federal es formalmente procedente, dado que se ha cuestionado la inteligencia de normas federales -arts. 17, 18 y ccdtes. de la ley del impuesto a las ganancias- y la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en aquélla (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

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

- IV -

Ha sido clara V. E. al sostener: *“Que ‘devengar’ es un concepto general del derecho empleado usualmente para dar cuenta de la circunstancia misma del nacimiento u origen de un derecho de contenido patrimonial. Alude, en tal sentido, al fenómeno mismo de la génesis de un derecho. En dicha inteligencia, cuando el art. 18 de la*

Ley de Impuesto a las Ganancias emplea el citado término lo hace para que se realice la imputación de las ganancias y los gastos al ejercicio en que acaecieron los hechos jurídicos que son su causa, con independencia de otras consideraciones que no surjan de lo dispuesto por la ley” (Fallos: 334:502, cons. 4°).

En esta línea de pensamiento, es evidente para mí que dos son los hechos jurídicos que deben producirse para que se perfeccione la causa que hace nacer el deber de pago de la comisión en cabeza de la aseguradora respecto de su productor y/o asesor: tanto la suscripción del contrato de seguro como la percepción, por parte de la entidad aseguradora, del importe de la prima de ese convenio. En otros términos, en ausencia de cualquiera de ellos, no se produce la circunstancia misma que da nacimiento u origen al derecho patrimonial bajo estudio.

En esta inteligencia, y más allá de los términos en que realiza su planteamiento el Fisco Nacional, tengo para mí que mientras el cliente no pague a la ART el importe de la prima, no puede considerarse que nazca la obligación de esta última de abonar la comisión a sus productores y/o asesores. En consecuencia, desde la óptica del impuesto a las ganancias, no habrá gasto devengado a su respecto.

Por ello, es mi parecer que la deducción de ese gasto, efectuada por la actora al momento de registrar contablemente los créditos por las primas a cobrar, no resulta procedente conforme a lo dispuesto por los arts. 17 y 18 de la ley del gravamen.

- V -

Por los fundamentos aquí vertidos, opino que corresponde revocar la sentencia apelada y ordenar que, por quien corresponda, se dicte una nueva según lo aquí dictaminado. Buenos Aires, 26 de febrero de 2013. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “ASOCIART SA ART (TF 21.213-D) c/ DGI”.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido correctamente 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 admisible el recurso extraordinario y, se revoca la sentencia apelada en lo que fue materia de agravios. Con costas. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente.

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

Recurso extraordinario interpuesto por el Fisco Nacional (AFIP – DGI), representado por la Dra. **Marina Claudia Lamagrande**, con el patrocinio letrado de la Dra. **María Gabriela Mosqueira**.

Traslado contestado por **ASOCIART SA ART**, representada por el Dr. **Daniel H. De Filippi**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Alberto Mario Tenailon** y **José Daniel Barbato**.

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

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

BANCO COLUMBIA SA (TF 22697-I) c/ DGI

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

Corresponde confirmar la sentencia que concluyó que en el caso de la venta de carteras de créditos entre entidades financieras, quien realiza la prestación es el adquirente, es decir, el banco cesionario de los créditos, y es éste quien debe considerar esa operación a fin de calcular el porcentaje de los créditos fiscales que le corresponde computar para liquidar el gravamen y no el cedente de aquéllos, ya que la venta de cartera de créditos efectuada por el actor no constituye una de las operaciones contempladas en el art. 13 de la ley del IVA que esa entidad debe considerar a los fines del prorrateo del crédito fiscal allí previsto, por cuanto la mencionada entidad bancaria no interviene como sujeto activo de la prestación financiera involucrada en la operación.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Banco Columbia S.A. (TF 22697-I) c/ DGI”.

Considerando:

1º) Que la AFIP-DGI, mediante resolución del 10 de diciembre de 2003, determinó de oficio la obligación tributaria de la actora en el IVA por el período fiscal 06/1998 por un importe de \$ 906.481,38, liquidó intereses resarcitorios y aplicó una multa equivalente al 70% del impuesto presuntamente omitido (art. 45 de la ley 11.683, t.o. en 1998 y modificaciones).

2º) Que el Fisco Nacional fundó el ajuste sobre la base de considerar que la actora, a los efectos de la liquidación y pago del impuesto a su cargo, computó indebidamente contra los débitos fiscales originados en las operaciones gravadas en el período anual julio de 1997 a junio de 1998 un importe indebido de créditos fiscales, a raíz de haber aplicado un porcentaje mayor al que correspondía considerar, según el sistema de prorrateo previsto por la ley del tributo, lo cual disminuyó

la base imponible y el monto del impuesto a pagar. Al respecto precisó que el art. 12 de la ley del IVA permite el cómputo del crédito fiscal derivado de las compras, importaciones definitivas, locaciones y prestaciones de servicios en la medida que se vinculen con la realización de operaciones gravadas por parte del contribuyente. Y que cuando tales adquisiciones se destinan indistintamente a operaciones gravadas y a operaciones exentas o no gravadas, y su apropiación a unas u otras no fuera posible, el cómputo del respectivo crédito fiscal solo procede respecto de la proporción correspondiente a las operaciones gravadas (ley cit., art. 13). Luego sostuvo que para efectuar el mencionado prorrateo, la actora computó correctamente los ingresos gravados en el IVA en la suma de \$ 7.550.599,19 y solamente consideró como ingresos exentos o no alcanzados por el impuesto la cantidad de \$ 516.827,04, sin incluir en el cálculo el resultado exento de \$ 33.678.449,56 proveniente de la venta parcial de su cartera de préstamos personales a otras entidades financieras. En esa inteligencia, el ente recaudador reformuló el prorrateo de los créditos fiscales sobre una nueva base de cálculo que reflejó la incorporación del resultado exento mencionado, lo que provocó la reducción del porcentaje de crédito fiscal computable, calculado por la actora en el 95%, al 18,31%. Esta variación originó el incremento de la base imponible y la consecuente determinación de un monto mayor de impuesto que el originariamente declarado (fs. 14/23).

3º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación revocó el acto administrativo apelado (fs. 140/141). Para pronunciarse en el sentido indicado, sostuvo que era correcto el criterio del ente recaudador en cuanto consideró que la cesión por parte del Banco Columbia de su cartera de créditos personales a otras entidades financieras se encontraba exenta del impuesto al valor agregado, aunque equivocado en cuanto atribuyó el resultado de la mencionada operación a la accionante en lugar de adjudicárselo a las entidades financieras cesionarias de los créditos. En lo que se refiere al primer aspecto de la cuestión el mencionado tribunal señaló que la cesión o descuento de cartera de créditos entre entidades financieras tiene las características de una operación de naturaleza financiera realizada entre entidades regidas por la ley 21.526, cuya base imponible o ganancia está dada para el cesionario de esos créditos por su valor de descuento, esto es, la diferencia entre el valor nominal total de los documentos cedidos y el importe abonado a la entidad cedente. Al respecto precisó que la citada cesión –siempre que se realice entre entidades financieras– constituye una operación de préstamo exenta del impuesto al valor agregado por hallarse com-

prendida entre las colocaciones y prestaciones financieras indicadas en el art. 7º, inc. h, apartado 16, punto 1, de la ley del IVA que declara exentos del gravamen a “[l]os depósitos en efectivo en moneda nacional o extranjera en sus diversas formas, efectuados en instituciones regidas por la ley nº 21.526, los préstamos que se realicen entre dichas instituciones y las demás operaciones relacionadas con las prestaciones comprendidas en este punto”. Agregó que, en forma coincidente con lo expuesto, la comunicación (BCRA) “A” 2322 (B.O. 11/04/95) aclara que los demás préstamos exentos realizados entre entidades financieras a los que alude la norma citada comprende a las financiaciones que dichos intermediarios concierten entre sí, cualquiera sea su modalidad o plazo, incluyendo todas las cesiones de carteras, con o sin responsabilidad para el cedente. En lo atinente al segundo aspecto, el tribunal administrativo sostuvo que no correspondía asignar el resultado de la operación examinada al Banco Columbia porque en la venta de carteras de créditos entre entidades financieras, el resultado se verifica en cabeza del adquirente o cesionario de los créditos y no del cedente, por cuanto aquél, en su condición de prestamista, se beneficia con la diferencia obtenida entre los ingresos producidos por la cartera y el [menor] precio que abona por ella. Destacó que en el precio abonado por el cesionario se encuentra implícito el descuento de un valor equivalente al rendimiento financiero por el adelanto de los fondos al cedente. En otro orden de cosas distinguió el hecho imponible configurado por el resultado obtenido por el cesionario, del que se verifica como consecuencia de los intereses que devengan los créditos, cuya declaración, a los efectos de la liquidación y pago del IVA, se encuentra a cargo del administrador de la cartera —en el caso el Banco Columbia—, en atención a que según el art. 16 del decreto 692/98, en el caso de operatorias con entidades financieras, la titularidad y la administración de la cartera crediticia puede no coincidir. Finalmente, afirmó que la cesión de la cartera de créditos generó, respecto del Banco Columbia, un “costo de fondeo” —consistente en la suma perdida por la mencionada entidad como consecuencia del descuento realizado en el precio abonado por el adquirente- y no un verdadero ingreso producto de su actividad, situación que —precisó— configura contablemente una mutación de la exposición patrimonial del ente “simplemente permutativa y no agregante de valor alguno”.

4º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación (confr. fs. 292/295). Para así decidir,

sostuvo que el ajuste fiscal no procedía por cuanto la realización de hechos imponibles alcanzados por una exención solamente obligaba al realizador de la prestación a efectuar el prorrateo de los créditos fiscales establecido en el art. 13 de la ley del impuesto. Y concluyó —en coincidencia con el criterio del tribunal administrativo— que en el caso de la venta de carteras de créditos entre entidades financieras, quien realiza la prestación es el adquirente; es decir, el banco cesionario de los créditos, y es éste quien debe considerar esa operación a fin de calcular el porcentaje de los créditos fiscales que le corresponde computar para liquidar el gravamen, y no el cedente de aquéllos.

5º) Que contra tal pronunciamiento, la AFIP interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 300/302), que fue concedido a fs. 304. El memorial de agravios obra a fs. 310/325 y su contestación por la actora a fs. 328/335. 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 previsto por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

6º) Que, en síntesis, la representante de la Administración Federal de Ingresos Públicos argumenta que la suma de \$ 33.161.622,52 obtenida por el Banco Columbia como consecuencia de la venta parcial de su cartera de créditos a otras entidades financieras constituye un resultado exento imputable a la actora, y que ésta debe considerarlo en la base de cálculo de sus operaciones gravadas y exentas o no gravadas por el gravamen a fin de realizar el prorrateo de los créditos fiscales según lo establece el art. 13 de la ley del tributo (confr. memorial de agravios, fs. 317 vta. —2º párr.—, fs. 318 —2º párr.—, fs. 319 —2º párr.—, fs. 319 vta. —1º párr.—, fs. 320/320 vta., 321 vta., 322, 322 vta., 323 y 323 vta.).

7º) Que a fin de facilitar la comprensión de la causa resulta útil efectuar una breve reseña de la operatoria desarrollada por la accionante. Según resulta de las presentes actuaciones, el Banco Columbia encaró en el ejercicio 1997/1998 una política de colocación de préstamos para consumo de fácil administración y bajo riesgo de incobrabilidad. A fin de obtener los fondos líquidos necesarios para afrontar el desembolso de los nuevos préstamos, vendió a otras entidades financieras parte de su cartera de créditos existente, a cambio de su valor presente al tiempo de la cesión. Para determinar ese valor, se restó del importe total

de los préstamos cedidos una suma equivalente a la aplicación sobre este último de una tasa representativa del valor futuro de los intereses a devengar. El mencionado valor ascendió a la cifra de \$ 33.161.622,52 y fue contabilizado por el Banco Columbia bajo el rubro “ingresos financieros” del estado de resultados de su balance general cerrado al 30 de junio de 1998 (confr. actuaciones administrativas, cuerpo principal, 2, fs. 96, 97, 190 y 190 vta.).

8º) Que, sentado lo que antecede, cabe recordar que en el mensaje de elevación del proyecto de la ley 20.631, que sustituyó el impuesto a las ventas entonces vigente por el actual impuesto al valor agregado, se caracterizó a este gravamen como un impuesto único de etapas múltiples y no acumulativo que recae “en cada una de las etapas del ciclo económico, pero solamente sobre el valor agregado por cada una de ellas”. Además se precisó que conforme a esa caracterización, la determinación de la obligación tributaria debía realizarse sobre la base del método de la sustracción, técnica que implica “hallar el gravamen por diferencia entre ventas y compras, efectuando las deducciones por el método de crédito de impuesto, o sea deduciendo del impuesto que resulte para el monto total de ventas o servicios, el impuesto facturado en las compras” (confr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, año 1973, 34ª reunión – 17 de octubre de 1973, págs. 2741/2742).

9º) Que en línea con el método reseñado, la ley del impuesto al valor agregado aplicable al caso (t.o. en 1997 y sus modificaciones), cuyo texto guarda sustancial analogía, en lo atinente al aspecto examinado, con la redacción original de la ley 20.631 (confr. arts. 8º y 9º), establece que del impuesto que los responsables determinen por aplicación de sus normas, restarán “el gravamen que, en el período fiscal que se liquida, se les hubiera facturado por compra o importación definitiva de bienes, locaciones o prestaciones de servicios”, en la medida que las mencionadas adquisiciones “se vinculen con las operaciones gravadas, cualquiera fuese la etapa de su aplicación” (art. 12, inc. a, párrafos primero y segundo). A su vez, el art. 13 –párrafo primero– aclara que “[c]uando las compras, importaciones definitivas, locaciones y prestaciones de servicios que den lugar al crédito fiscal se destinen indistintamente a operaciones gravadas y a operaciones exentas o no gravadas y su apropiación a unas u otras no fuera posible, el cómputo respectivo sólo procederá respecto de la proporción correspondiente a las primeras, la que deberá ser estimada por el responsable aplicando las normas del artículo anterior”.

10) Que en materia de interpretación de las leyes impositivas, el art. 1º de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones) dispone que se debe atender al fin con el que han sido dictadas, criterio de hermenéutica que, con el alcance más amplio, ha sido reiterado por esta Corte al señalar que es misión del intérprete indagar el verdadero sentido y alcance de la ley, mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador, pues, cualquiera que sea la índole de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquélla (confr. Fallos: 308:215, considerando 9º y su cita, entre otros).

11) Que de acuerdo con tales pautas, cabe concluir que las operaciones —gravadas y exentas o no gravadas— a las que alude el art. 13 de la ley —sobre cuya base el contribuyente debe realizar el cálculo del porcentaje de los créditos fiscales vinculados a las primeras en el supuesto que no resulte posible apropiar a unas u otras las adquisiciones de bienes y servicios que den lugar al crédito fiscal— son aquéllas en las que el contribuyente interviene como sujeto activo de la prestación generadora de valor agregado por la que obtiene una contraprestación —considerada el resultado atribuible a aquél— y que según se encuentren gravadas o exentas, dan lugar, o no, al débito fiscal correspondiente (confr. ley cit., arts. 10, 11 y 13 —1º párr.—).

12) Que, en esa inteligencia de la citada norma, corresponde concluir que la venta de la cartera de créditos efectuada por el Banco Columbia, no constituye una de las operaciones contempladas en el art. 13 de la ley del IVA que esa entidad debe considerar a los fines del prorrateo del crédito fiscal allí previsto, por cuanto la mencionada entidad bancaria no interviene como sujeto activo de la prestación financiera involucrada en la operación. En efecto, tal carácter es atribuible a las entidades financieras adquirentes de la cartera, quienes producen el resultado relevante —si bien exento— a los efectos tributarios. Al respecto cabe destacar que el Banco Columbia interviene como tomador —sujeto pasivo de la prestación— del préstamo otorgado por las aludidas entidades financieras, por lo que, en atención a la naturaleza de la operación examinada, la suma de \$ 33.161.622,52 obtenida por la venta de su cartera de créditos no constituye, como alega el Fisco Nacional, un ingreso o resultado atribuible a la actora a los fines de la norma antes citada, sino el monto de un pasivo que ésta se ha comprometido a cancelar mediante la cesión de los derechos de cobro de una parte de su cartera de créditos

(cuyos intereses incluye en sus declaraciones juradas a los efectos de la liquidación y pago del IVA correspondiente —confr. peritaje producido en autos, en especial fs. 104 y sentencia del Tribunal Fiscal, fs. 141, 5º párr.—, aspecto este último que tampoco ha sido objeto de controversia en las presentes actuaciones). Por tal motivo, esa suma no integra la base de cálculo de los resultados provenientes de operaciones gravadas y exentas o no gravadas que el Banco Columbia debe considerar a los efectos del cálculo del porcentaje de los créditos fiscales computables a que se refiere el art. 13 de la ley del IVA.

Por ello, se confirma la sentencia apelada. Las costas de esta instancia se imponen al vencido (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 — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por el **Fisco Nacional (AFIP – DGI)**, representado por la **Dra. Silvia M. Leiva**, con el patrocinio letrado del **Dr. Carlos Muzzio**.

Traslado contestado por el **Banco Columbia S.A.** representado por el **Dr. Eduardo M. Gil Roca**.

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

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

C. M. E. Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL INCUCAI RESOL 69/09
S/ AMPARO LEY 16.986

CELULAS PROGENITORAS HEMATOPOYETICAS

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida por los padres de los niños por nacer y declaró la inconstitucionalidad de la resolución INCUCAI 69/09 referida a la obligatoriedad de uso alogénico de las células progenitoras hematopoyéticas (CPH) de cordón umbilical y de placenta reservada por aquéllos cuya recolección y almacenamiento se hubiera decidido con destino de uso autólogo, pues el INCUCAI no posee autoridad para legislar en dicho aspecto, y sola-

mente le corresponde regular aquellas cuestiones que requieran de una normativa técnica referida a su materia (normas de habilitación de establecimientos; coordinación y asistencia; promoción; procedimientos administrativos técnicos; autoridad de aplicación de los distintos registros en referencia específicamente a su funcionamiento; etc.).

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

CELULAS PROGENITORAS HEMATOPOYETICAS

Cabe hacer lugar al recurso interpuesto por la coactora contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida por los padres de los niños por nacer y declaró la inconstitucionalidad de la resolución INCUCAI 69/09, referida a la obligatoriedad de uso alogénico de las células progenitoras hematopoyéticas (CPH), en relación a la invalidez de aquella resolución, pues la regulación de los establecimientos privados que conservan las unidades con fines autólogos es aquella que la Ley de Sangre establece para la autoreserva de sangre más allá de lo que técnica y administrativamente fije el Ministerio de Salud y no el INCUCAI, en punto a su autorización y arancelamiento, como lo hizo por medio de la resolución 865/06.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 297/307 y vta., la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala IV) confirmó la sentencia por la que se hizo lugar a la acción de amparo en cuanto a la pretensión de los padres de los niños por nacer —que cuestionaron que el INCUCAI impida el uso exclusivamente autólogo de las células progenitoras hematopoyéticas (CPH) provenientes de la sangre placentaria (SP) y del cordón umbilical (CU) obtenidas en el nacimiento de sus hijos— y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la resolución INCUCAI 69/09 que los obliga a ser donantes, para uso alogénico, de las antedichas, también denominadas “células madre”.

Para decidir de ese modo, el tribunal, por mayoría sostuvo que la cuestión exigía determinar si el INCUCAI pudo válidamente restringir el derecho de los padres a decidir libremente el destino de

las CPH al momento del alumbramiento —pues obliga a los padres a ser donantes de aquéllas— o si, por el contrario, ello configura un exceso reglamentario en tanto la limitación merecería la sanción de una ley nacional.

En primer término, entendió que, con la redacción del art. 10 de la ley 24.193, modificada por la ley 26.066, por expresa indicación de la ley de trasplante, la obtención y preservación de CPH y su posterior implante a seres humanos se encuentra regulada por ésta y no por la Ley de Sangre 22.990, como sostienen los actores.

Remarcó que para las CPH —sean de médula ósea o de cordón— se aplica el régimen de donación entre vivos y que la ley en ningún momento restringe la libre determinación del destinatario ni el derecho de disposición del material. En consecuencia, sostuvo que cualquier limitación exige la intervención del Congreso Nacional, por lo que mal puede una resolución del INCUCAI fijarlas, aun a pesar de la sanción de la ley 25.392, porque ésta solo creó el Registro Nacional de Donantes de CPH y dispuso que su autoridad de aplicación fuera el INCUCAI.

En síntesis, afirma que la resolución cuestionada, en sus arts. 6° a 10, cercena el principio de voluntariedad del acto de disposición que emerge de la ley 24.193 y se traduce en un exceso en la reglamentación, en violación de la jerarquía de las normas que regulan los trasplantes de órganos y materiales anatómicos.

En referencia a los agravios de la empresa privada Matercell S.A. —banco privado que colecta, procesa y crioconserva las CPH de los padres actores de esta acción— en tanto no se cuestionó la constitucionalidad del art. 44 inc. b) del decreto 512/95, que establece que los bancos de órganos o materiales anatómicos sean organismos públicos o privados sin fines de lucro, y en la demanda se omite la petición declarativa de inconstitucionalidad de los arts. 1° a 4° de la resolución INCUCAI 69/09, a la vez que los padres actores no se ven imposibilitados de realizar la práctica en cualquier establecimiento particular habilitado por ese organismo, el tribunal resolvió rechazar el recurso a su respecto.

- II -

Disconformes, ambas partes interponen recurso extraordinario: el Estado Nacional-Ministerio de Salud de la Nación y el INCUCAI a fs. 316/335, y la coactora Matercell S.A. a fs. 338/356. Ambos fueron concedidos por estar en juego el alcance y la interpretación de normas federales y rechazados en lo que respecta al planteo de arbitrariedad (fs. 385 y vta.), sin que se presentara queja.

Los agravios de la demandada son los siguientes: a) con fundamento en las leyes 24.193, su modificación por ley 26.066 y la 25.392, el decreto reglamentario 512/95 y las resoluciones INCUCAI 319/04 y complementarias y 69109, la autoridad de aplicación, en ejercicio del poder de policía reglamentario, con el mandato de garantizar la obtención, procesamiento y conservación de CPH y su posterior implantación bajo programas de garantía de calidad, es el INCUCAI, además de determinar las normas de habilitación de los establecimientos; b) la naturaleza jurídica de la “donación” en la ley 14.193 no debe confundirse con el acto de disposición homónimo del código civil porque los tejidos, órganos y células están fuera del comercio; y no pueden ser regulados por disposiciones propias de los contratos en tanto se vinculan con temas de orden público, que requieren consideraciones médicas, bioéticas y sanitarias, con fundamento en razones de interés general; c) la ley no introduce la libre elección del donante como factor prevaeciente del ordenamiento sino que la autonomía de aquél está subordinada a consideraciones de orden público y taxativamente regulada, a punto tal que excluye, sin prohibirla expresamente, la donación entre pacientes vivos no relacionados, para evitar el tráfico de órganos; d) el art. 6° de la resolución INCUCAI 69/09 no trata de una donación forzosa, en tanto el principio de voluntariedad se resguarda al dejar al arbitrio de los padres la decisión de extraer o no las CPH de la placenta o del cordón umbilical de sus hijos, empero, una vez colectadas pasan a ser “material biológico” fuera del comercio y sometido a una regulación de derecho público; e) esa reglamentación —inspirada en la ley 24.193— corresponde al INCUCAI por su especialidad; f) la competencia del INCUCAI para dictar las normas regulatorias de la totalidad de los aspectos relacionados con las prácticas contempladas por la ley de trasplantes (art. 44 ley 24.193 y resolución MSyA 610/07) nunca fue cuestionada en sede administrativa ni judicial; g) la criopreservación de CPH de SCU en bancos privados para uso autólogo eventual no exclusivo no está prohibida, solo reglamentada y limitada porque “preservar sin donar” es incompatible con una interpretación razonable de la ley de trasplante y sus principios de altruismo, desinterés y solidaridad.

Los agravios de Matercell S.A., en su carácter de banco privado de concentración, criopreservación y almacenamiento de CPH de SCU, son los que, a continuación, describo: a) ella suscribe contratos de prestación de servicios como acto voluntario y de plena libertad, y está previsto que la muestra criopreservada sólo puede ser dispuesta por quien ejerza la patria potestad del menor y sin que se garantice ninguna cura futura eventual. Estas contrataciones no transgreden el límite

del art. 953 del Código b) la resolución atacada vulnera el derecho a ejercer una industria lícita, impidiendo cumplir contratos celebrados regularmente; c) a partir de la declaración de invalidez de los arts. 6° a 10 de la resolución INCUCAI 69109, el resto del acto le es inaplicable a Matercell S.A. porque ella solo cumple funciones de guarda de CPH — como establece su contrato— y no es un centro destinado al trasplante de esas células a personas distintas de su titular; más aún cuando la resolución tiene como fundamento la ley de Registro Nacional de Donantes de CPH y aquí no se trata de donantes; d) la pretensión de aplicar la ley de trasplante implica una violación al principio de legalidad porque la auto reserva de sangre —de CPH de SCU— está contemplada en la ley 22.990 (Ley de Sangre) en sus arts. 54 a 57 y la ley 24.193, y las resoluciones del INCUCAI 319/04, 309/07 y 276/08 se refieren a la donación de CPH para trasplantes; e) la resolución INCUCAI 69/09 obliga a donar a quien solo quiere autoconservar e impide realizar actividad al establecimiento que persigue ese fin; f) la actividad de Matercell S.A., de acuerdo a las disposiciones de la ley de sangre (ley 22.990), es de objeto lícito, no está prohibida y se prevé el contrato de auto reserva de sangre conforme a las normas del contrato de depósito del Código Civil; g) lo que Matercell S.A. crioconserva son las unidades de sangre de las que en el futuro —de así considerarlo necesario el contratante— se podrán extraer las CPH, es decir que, en rigor, solo se guarda sangre —de origen umbilical o de placenta— en los términos de la ley 22.990; h) el INCUCAI es incompetente para dictar normas que restrinjan tanto una actividad no regulada al presente como los derechos de los padres a no donar la sangre que preservan de sus hijos; i) el hecho de que el INCUCAI esté encargado de la fiscalización y coordinación de las actividades relacionadas con los trasplantes de órganos y materiales anatómicos no significa que esté facultado para dictar normas restrictivas de derechos constitucionales; j) no existe justificativo razonable que impida que la actividad llevada a cabo por Matercell SA, tenga fines de lucro, máxime cuando la propia resolución INCUCAI 69/09 contempla en el anexo B (formulario de consentimiento) que los padres asumen los costos operativos que la colecta y la preservación implican.

- III -

A mi modo de ver, los recursos son formalmente admisibles, toda vez que se ha puesto en tela de juicio el alcance y la interpretación de normas de carácter federal y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los apelantes fundaron

en ellas. En tales condiciones, el Tribunal no se encuentra constreñido por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre los puntos controvertidos según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 325:3000, entre otros).

- IV -

Es mi opinión que, cualquiera sea el régimen jurídico a aplicar a la situación de autos —específicamente la colecta, almacenamiento y criopreservación de células progenitoras hematopoyéticas provenientes de la sangre de placenta y de cordón umbilical de recién nacidos para uso exclusivamente autólogo, es decir, para sí mismos— sea la ley de trasplante de órganos y material anatómico 24.193, modificada por su similar 26.066 o la ley de sangre 22.990 —sobre lo que volveré y analizaré en acápites posteriores— adelanto que el INCUCAI, en su carácter de entidad estatal de derecho público, con personería jurídica y autarquía institucional, financiera y administrativa, que actúa en el ámbito de la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social (actual Ministerio de Salud, conf. art. 43 de la ley 24.193) *no resulta competente para el dictado de los arts. 6° a 12 de la resolución 69/09 aquí atacada* —sin entrar a analizar en este estado si una limitación legal de ese tipo es o no razonable— porque no tiene facultades ni funciones de esa índole delegadas por ley.

El art. 60 de la resolución INCUCAI 69/09 dispone que “las CPH provenientes de sangre de cordón umbilical y la placenta que se colecten a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución para usos autólogos eventuales, usos para los que no haya indicación médica establecida, deberán ser inscriptas en el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas... y estarán disponibles para su uso alogénico, conforme lo establecido por la ley N° 25.392”, y su art. 11 establece que “las unidades de CPH de SCU colectadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta resolución, deberán ser notificadas al Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas...” (las cursivas no figuran en el original) para su posible utilización alogénica.

La compulsividad que se prevé en el acto dictado por el INCUCAI, en tanto no permite la posibilidad de “preservar sin donar”, constituye un exceso en la reglamentación de un derecho. Por otro lado, las funciones del INCUCAI enumeradas en el art. 44 de la ley 24.193 —modificada por la 26.066— son, entre otras y para lo que aquí interesa, las siguientes: “a) estudiar y proponer a la autoridad sanitaria las normas

técnicas a que deberá responder la ablación de órganos y materiales anatómicos... toda otra actividad incluida en la presente ley, así como todo método de tratamiento y selección previa de pacientes...; b) dictar, con el asesoramiento del Consejo Federal de Salud (COFESA), las normas para la habilitación de establecimientos en que se practiquen actos médicos comprendidos en la temática, autorización de profesionales que practiquen dichos actos, habilitación de *bancos* de órganos y materiales anatómicos; c) fiscalizar el cumplimiento de lo establecido en la presente ley y su reglamentación y demás normas complementarias y colaborar en la ejecución de leyes afines a la temática, recomendando a los gobiernos provinciales adecuar su legislación...; d) intervenir los organismos jurisdiccionales que incurran en actos u omisiones que signifiquen el incumplimiento de lo establecido en esta ley; e) dictar, con el asesoramiento del Consejo Federal de Salud (COFESA), normas para la suspensión y/o revocación de una habilitación...; f) coordinar con las respectivas jurisdicciones la realización de inspecciones...; g) proponer, con el asesoramiento del Consejo Federal de Salud (COFESA), las normas para la intervención por parte de los organismos jurisdiccionales, hasta la resolución definitiva de la autoridad de aplicación o del juez competente, de los servicios o establecimientos en los que se presuma el ejercicio de actos u omisiones relacionados con el objeto de la presente ley con peligro para la salud o vida de las personas; h) realizar actividades de docencia, capacitación y perfeccionamiento de los recursos humanos vinculados con la temática...;... k) determinar si son apropiados los procedimientos inherentes al mantenimiento de potenciales dadores cadavéricos, diagnósticos de muerte, ablación, acondicionamiento y transporte de órganos, de acuerdo a las normas que reglan la materia; l) asistir a los organismos provinciales y municipales responsables del poder de policía sanitario en lo que hace a la materia propia...;... n) coordinar la distribución de órganos a nivel nacional, así como la recepción y envío de los mismos a nivel internacional y las acciones que se lleven a cabo para el mantenimiento de los siguientes registros: 1. registro de personas que hubieren manifestado su oposición a la ablación de sus órganos y/o tejidos; 2. registro de personas que aceptaron la ablación o condicionaron la misma...; 3. registro de manifestaciones de última voluntad...; 4. registro de destino de cada uno de los órganos o tejidos ablacionados...; ñ) dirigir las acciones que permitan mantener actualizada la lista de espera de receptores potenciales...; o) entender en las actividades dirigidas al mantenimiento de potenciales dadores cadavéricos y supervisar la correcta determinación del diagnóstico de

muerte...; q) dirigir las acciones que permitan mantener actualizados los registros creados por la presente ley en el orden nacional; r) proponer normas y prestar asistencia técnica a los organismos pertinentes en la materia de esta ley...”.

De su lectura surge palmario que, salvo en el caso de las normas técnicas y administrativas para la habilitación, suspensión o revocación de la habilitación de los establecimientos dedicados a la materia y a las de funcionamiento de los registros que debe mantener, el organismo solo está facultado para proponer las normas que considere convenientes debido a su especialidad técnica.

A su vez, el decreto 512/95 que aprobó la reglamentación de la ley 24.193, facultó, por su art. 2º, a la Secretaría de Salud del ex Ministerio de Salud y Acción Social a dictar las normas complementarias y aclaratorias de la normativa reglamentaria que se aprobó como anexo I; y por la sustitución dispuesta por el art. 3º del decreto 1949/06, modificatorio de la reglamentación aprobada por decreto 512/95, se facultó al Ministerio de Salud —organismo de aplicación de la ley 24.193— al dictado de las normas complementarias y aclaratorias. Por su parte, el art. 1º de aquel anexo estableció que el poder de policía sanitario referido a la ablación de órganos y tejidos para la implantación de los provenientes de cadáveres humanos a seres humanos y entre seres vivos se haría efectivo por las autoridades sanitarias jurisdiccionales (párr. 1º) y que se entendía por autoridad de aplicación al Ministerio de Salud (párr. 3º), lo que se mantuvo en el anexo I, art. 1º, aprobado por el decreto 1949/06.

A su vez, el anexo I “Reglamentación de la ley 24.193, texto según la ley 26.066, aprobada por decreto 512/95”, aprobada por decreto 1949/06, en lo que hace a las funciones del INCUCAI, en su art. 13 dispone que el organismo aprobará el protocolo de consentimiento informado.

La ley 25.392 (2001) creó el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas con sede en el INCUCAI, organismo al que se designó como autoridad de aplicación del Registro con facultad para intercambiar información con registros de otros países, ser depositario de datos identificatorios y de filiación de potenciales donantes y para el establecimiento de centros de reclutamiento de dadores, de tipificación de dadores e informáticos. Por su parte, el decreto 267/03 aprobó la reglamentación de dicha ley; tanto en el art. 20 de su articulado como en las disposiciones del anexo I se estableció que el INCUCAI, en su carácter de autoridad de aplicación del Registro Nacional, está facultado para: a) dictar las normas a las que se ajustará el

funcionamiento del registro; b) desarrollar programas de educación y difusión; c) definir las características y normas de funcionamiento de los centros de reclutamiento, de tipificación de dadores y del centro informático (lo que se resolvió con el dictado de la resolución INCUCAI 319/04 que, no está de más aclarar, se refiere —salvo dos menciones a la definición de “trasplante autógeno” (pto. A 3000) y de rotulado del envase en el caso de “conservación” autógena (pto. D 5130)— a la donación alogénica de CPH) y d) determinar los procedimientos para la coordinación de acciones para la efectiva integración regional e internacional en los operativos de búsqueda de donantes no emparentados (lo que fue resuelto a partir de la resolución INCUCAI 116/04).

El Ministerio de Salud, por medio de la resolución 610/07, aclaró que las actividades vinculadas con la utilización de células de origen humano para su posterior implante en seres humanos debían entenderse comprendidas dentro del ámbito de competencia regulatoria del INCUCAI, en tanto ese tipo de células constituyen materia unitaria, morfológica y funcionalmente parte de los tejidos sólidos o líquidos del organismo y, por ende, como tales, deben estar comprendidas en la regulación de la ley 24.193. De ello es impensable colegir que se le otorgó o delegó —de hecho tampoco se podría— la facultad de reglamentar la actividad en si ni los derechos constitucionales que dimanen de dicha actividad.

En síntesis, como adelanté en párrafos anteriores, de las funciones y competencias del INCUCAI hasta aquí descriptas, queda claro que, dada la especialidad del organismo, solamente le corresponde regular aquellas cuestiones que requieran de una normativa técnica referida a su materia (normas de habilitación de establecimientos; coordinación y asistencia; promoción; procedimientos administrativos técnicos; autoridad de aplicación de los distintos registros en referencia específicamente a su funcionamiento; etc.). Yerra, pues, el INCUCAI cuando expresa que es “la autoridad competente [que] tiene el mandato de regular todo procedimiento destinado a la medicina humana” (ver párrafo 10 del considerando de la resolución atacada), porque no es esa su función ni podría serlo.

El tema planteado —reserva privada de células madre para uso autólogo— merece otro tipo y nivel de discusión. A poco que se analice el considerando de la resolución 69/09, se observa que la obligación de donar las CPH, preservadas para uso autólogo, para un uso alogénico, sostenida por el INCUCAI se funda en que “... el Grupo Europeo de Ética considera que en la actualidad la única utilización de las células de SCU es para trasplante alogénico, colectadas a partir de

la donación altruista y se opone al almacenamiento privado...”, “... la Academia Americana de Pediatría señala... que se debe desalentar su conservación para uso autólogo como seguro biológico”, “... en el ámbito nacional existen opiniones [que] han expresado sus reservas en cuanto al resultado del trasplante autólogo... promoviendo y apoyando el sistema altruista, voluntario y solidario”,

Ninguna de estas razones, a mi entender, otorgan autoridad al INCUCAI para legislar respecto de la obligatoriedad de uso alogénico de las CPH cuya recolección y almacenamiento se hubiera decidido con destino para uso autólogo, por lo que, reitero, los preceptos de los arts, 6° a 12° de la resolución 69/09 no se ajustan a derecho.

Por lo expuesto hasta aquí, estimo que corresponde confirmar, en este punto, la sentencia atacada.

- V -

Cabe, en este estado, ingresar al análisis del recurso presentado por Matercell S.A. respecto de los restantes artículos de la resolución INCUCAI 69/09 en cuanto a la facultad de ese organismo para dictar las normas referidas específicamente a la habilitación de los establecimientos dedicados a la guarda de CPH de sangre de cordón umbilical y de placenta para un eventual uso autólogo y la norma rectora de la materia en el caso.

A mi modo de ver, en primer lugar, los fundamentos de la alzada para rechazar el recurso de apelación no tuvieron en cuenta que recién con el dictado de la resolución INCUCAI 69/09 le resultaron aplicables a esa empresa las disposiciones —por reenvío— de la similar 319/04, por lo que, antes de entonces, no había agravio susceptible de apreciación judicial.

En tales condiciones, más allá de la validez general de las disposiciones por las que se determinan los requisitos de habilitación de los establecimientos y bancos dedicados al trasplante de órganos y materiales anatómicos —que no están en discusión aquí— creo que asiste razón a la recurrente cuando atribuye un exceso en la reglamentación dictada por el INCUCAI que, mediante la resolución 69/09, hace extensiva a los bancos de CPH con fines de eventual uso autólogo, la resolución 319/04 (anexo I-Normas para la habilitación de bancos de células progenitoras hematopoyéticas provenientes de la sangre de la vena umbilical y de la placenta con fines de trasplante) —específicamente, el agravio se refiere a la imposibilidad que establece la resolución de que estos bancos tengan fines de lucro— por varios motivos.

El principal fundamento es que no nos encontramos frente a un caso de “donación de CPH con fines trasplantológicos”, en cuyo caso la norma rectora es la ley 24.193 con su modificatoria 26.066 y sus reglamentaciones respectivas, sino a un supuesto de “guarda de sangre” y, consecuentemente, de células progenitoras hematopoyéticas de cordón umbilical y de placenta, cuya ley regulatoria es la 22.990 que prevé la “auto reserva de sangre” en los siguientes términos (arts. 54 a 57): a) es la extracción que se le efectúe a una persona para proceder a su guarda, custodia y conservación, con el fin de serle oportunamente transfundida a aquélla en caso de necesidad; b) la relación entre dador-paciente y el establecimiento o ente responsable de la guarda se rige por las normas del Código Civil para la figura del depósito regular; c) las constancias legales y las condiciones de conservación, utilización y baja o descarte se establecerán por la reglamentación de la ley y d) la autoridad de aplicación —Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente (art. 2°)— establecerá y actualizará los aranceles que, para esta actividad, habrán de percibir los establecimientos que fueren autorizados a realizarla.

En este contexto, el decreto 1338/04 aprueba la reglamentación de la ley por anexo I, que, en la parte pertinente dispone que las normas administrativas y técnicas dictadas por la autoridad de aplicación establecerán las condiciones exigidas para la auto reserva de sangre para trasfusión autóloga. También dispone que la extracción para auto reserva requiere de una interconsulta médica con el Servicio de Hemoterapia; las unidades autólogas no deben utilizarse como homólogas; deben ser registradas en un libro de contabilidad diferente; vencida la muestra extraída o sin posibilidades de administración no puede desecharse, sino que debe enviarse a plantas de hemoderivados.

No puede pasar inadvertido aquí que el hoy Ministerio de Salud, en su calidad de autoridad de aplicación de la Ley de Sangre, dictó las “Normas Técnicas y Administrativas de Hemoterapia”, cuya última versión actualizada es la aprobada en el anexo I de la resolución 865/06. Esta norma, entre otros temas, trata específicamente la recolección la conservación, el procesamiento, el almacenamiento y el transporte de células progenitoras hematopoyéticas, tanto periféricas como de cordón umbilical y de placenta (ver H.28. 1 a 7; P.S.C.; P.F. 2 a 5; T.12).

Dentro de estas disposiciones existe una de especial mención, que enumera y define las formas de donación —H.28.2.—, en los siguientes términos: a) donación no relacionada (cuando la donación de sangre de cordón umbilical se realiza de forma altruista para cualquier paciente no relacionado y anónimo que pueda requerir un trasplante;

única susceptible de ser incorporada al Banco de Cordón Umbilical); b) donación autóloga (cuando la recolección de sangre del cordón umbilical es para su utilización en el propio recién nacido; no constituye una verdadera donación, por lo que sólo podrá efectuarse con expresa autorización de la Autoridad Sanitaria, quien analizará la racionalidad médica o científica para realizar el procedimiento; la unidad se almacenará en un sitio diferente del destinado para el banco), y c) donaciones relacionadas (cuando la conservación de la sangre de cordón umbilical se realiza únicamente para un familiar genéticamente relacionado (ej. un hermano), que padece de una enfermedad susceptible de requerir un trasplante de células progenitoras; quedan prohibidas las colectas de sangre de cordón umbilical de donantes familiares que no tengan como destino cierto un pariente conocido con probabilidad de trasplante; la sangre de las donaciones dirigidas no se incorpora al Banco de Cordón Umbilical, sino que se almacena en un sitio diferente; en caso de fallecimiento del paciente relacionado la unidad podrá, previo consentimiento informado de la familia del donante, ser incorporada al stock de unidades del banco).

En mi parecer, si bien es cierto que la ley 26.066, al modificar la ley 24.193, introduce en su régimen a las actividades relacionadas con las células progenitoras hematopoyéticas en general y en su reglamentación por decreto 1949/04 determina, en su art. 1° segundo párrafo, que la obtención, preservación e implante de CPH comprende sus diferentes modalidades de recolección y las que en el futuro la tecnología permita incorporar para la realización de trasplantes autólogos y alogénicos, no lo es menos que el caso específico de CPH de sangre de cordón umbilical y de placenta para uso autólogo está reconocido como una de las modalidades reguladas en la Ley de Sangre 22.990 y sus normas reglamentarias y complementarias (auto reserva de sangre), en tanto, además, la propia autoridad de aplicación —el Ministerio de Salud— la define como “recolección de sangre del cordón umbilical para su utilización en el propio recién nacido” y que “no constituye una verdadera donación” (resol. 865/06 citada).

Asimismo, dicha ley, en su art. 6° establece que las acciones previstas en el art. 4° (obtención, clasificación, preparación, fraccionamiento, producción, almacenamiento, conservación, distribución, suministro, transporte, actos transfusionales, importación, exportación y toda forma de aprovechamiento de la sangre humana, sus componentes y derivados) —además de tener prohibida la intermediación comercial y el lucro salvo las excepciones de ley como la autoreserva de sangre que está arancelada (art. 57)— “...sólo podrán realizarse cuando corresponda por los esta-

blecimientos oficiales y/o privados expresamente autorizados al efecto, de acuerdo a las disposiciones de esta ley y a las de su reglamentación”.

En resumen, entiendo que la regulación de la actividad de los establecimientos privados —como en el sub lite Matercell S.A.— que conservan estas unidades con fines autólogos es aquella que la Ley de Sangre establece para la autoreserva de sangre —las normas del depósito regular del Código Civil— más allá, también, de lo que técnica y administrativamente fije la autoridad de aplicación, o sea el Ministerio de Salud y no el INCUCAI, en punto a su autorización y arancelamiento, como lo hizo por medio de la resolución 865/06, que no fue cuestionada por las partes en este proceso.

- VI -

Por los fundamentos aquí expuestos, opino que corresponde confirmar parcialmente la sentencia en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de la resolución INCUCAI 69/09 referida a la obligatoriedad de donar las CPH de cordón umbilical y de placenta reservadas por los padres para uso de los recién nacidos y hacer lugar al recurso de Matercell S.A. en cuanto sostiene la invalidez de la resolución INCUCAI 69/09 a su respecto, sin perjuicio de la aplicación de la resolución MS 865/06. Buenos Aires, 22 de mayo de 2012. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “C., M. E. y otros c/ EN – INCUCAI – resol. 69/2009 s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas por las recurrentes han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, I. Se declara admisible el recurso extraordinario promovido por el Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación - IN-

CUCAI, y se confirma la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la acción de amparo deducida por los padres de los niños por nacer. Con costas a la demandada (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). II. Se declara admisible el recurso extraordinario promovido por la co-actora Matercell S.A. y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance que surge de los considerandos, en cuanto rechazó la acción de amparo deducida por Matercell S.A. Vuelva la causa al tribunal de origen a fin de que, con respecto a esta pretensión, se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo resuelto. Con costas a la demandada (conf. art. cit). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

Recursos extraordinarios interpuestos por: **la co-actora (Matercell S.A.)**, representada por el **Dr. Carlos José Laplacette**, con el patrocinio letrado del **Dr. Gregorio Badeni** y **por la demandada (Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación e INCUCAI)**, representada por la **Dra. Susana Pérez Fernández**.

Traslados contestados por: **la demandada (Ministerio de Salud e INCUCAI)**, representada por la **Dra. Susana Pérez Fernández** y **por la co-actora (Matercell S.A.)**, representada por el **Dr. Carlos José Laplacette**, con el patrocinio letrado del **Dr. Gregorio Badeni**.

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° 7.**

MUÑOZ, CAROLINA MARITE Y OTRO S/ ROBO CALIFICADO ETC.

-CAUSA N° 256/09-

SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL

Corresponde revocar la sentencia que, al no ordenar el reintegro de los fondos retenidos por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal del producto del trabajo del interno, dejó incólume el perjuicio patrimonial causado al recurrente por la norma privada de validez e invocado -como presupuesto de base- para obtener una decisión apta del Poder Judicial, cuando el agravio llevado ante el superior tribunal local

perseguía -precisamente- la reparación de ese detrimento, por lo que la solución es constitucionalmente insostenible a la luz de los tradicionales principios que estructuran el control de constitucionalidad asignado por la Constitución Nacional a todos los jueces de la República Argentina.

REFORMATIO IN PEJUS

Si en una primera intervención la cámara había hecho lugar al planteo de inconstitucionalidad de la norma impugnada, con la precisión de que el reembolso de sumas retenidas debía solicitarse por la vía administrativa correspondiente, la decisión de la corte provincial que hizo lugar al planteo casatorio y dispuso que el tribunal de la causa se pronuncie sobre el punto omitido y trate fundadamente si la devolución correspondía in totum o no y estableció los efectos de la declaración de inconstitucionalidad desde su nuevo pronunciamiento y para el futuro, negó todo reintegro de los fondos retenidos al amparo de la norma declarada inválida vulnerando así la garantía de la prohibición de la reformatio in pejus al perjudicar claramente su situación anterior.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén rechazó la petición del condenado Marcelo Alejandro M de que se le reembolsaran las sumas retenidas por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal en aplicación de los artículos 11, inciso 3, del Código Penal, y 121, inciso c, de la ley 24.660 -que determinan que una porción del producto del trabajo del interno condenado se aplicará a “costear los gastos que causare en el establecimiento”-que fueron declarados inconstitucionales por la Cámara en lo Criminal Primera de esa provincia.

El Tribunal Superior neuquino concluyó que no correspondía reconocer a Muñoz el derecho al reembolso que pretende, pues entendió que la declaración de inconstitucionalidad de las normas en virtud de las cuales se había efectuado la retención de las sumas reclamadas sólo ha de tener efectos para el futuro. En síntesis, el *a quo* fundó su decisión en el hecho de que la inconstitucionalidad de los artículos 11, inciso 3, del

Código Penal, y 121, inciso c, de la ley 24.660 no resulta de un vicio que estas reglas traigan desde su origen, sino que habría sobrevenido con el cambio de normas sociales ocurrido “en el último tiempo” (cf. fs. 30). A eso agregó que aún hoy la contrariedad sería una cuestión que “dista de ser pacífica” y que “no constituye un paradigma afianzado” (cf. fs. 32).

Contra esa decisión, la defensa de M interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la presente queja.

-II-

En su recurso extraordinario, la defensa expone dos agravios independientes. En primer lugar, cuestiona la interpretación del *a quo* en virtud de la cual otorgó efectos sólo para el futuro a la declaración de inconstitucionalidad. La interpretación del tribunal es errónea -sostiene en particular- pues convalidaría el enriquecimiento del Estado a costa de la violación de un derecho fundamental del condenado. El argumento con el que el *a quo* pretende escapar a esa conclusión -esto es, el hecho de que la inconstitucionalidad habría sobrevenido a partir de cambios sociales de los últimos años- es arbitrario, postula el recurrente, pues el tribunal nada aduce para explicar cómo los cambios sociales que habrían determinado la inconstitucionalidad coincidieron con el pronunciamiento de la cámara que falló a favor del pedido de Muñoz -cuando ya no estaba alojado en una cárcel del Servicio Penitenciario Federal- en lugar de ocurrir en algún momento anterior. Agrega, finalmente, que la doctrina de los precedentes de V.E. en la que el *a quo* basó su decisión -en particular, los registrados en Fallos: 308:552 y 328:566- no es aplicable a la clase de cuestión debatida en el caso en examen.

En segundo lugar, el apelante cuestiona la integración del Tribunal Superior neuquino que, en aplicación de la ley provincial 2239, resolvió su petición mediante una de sus salas con el voto de sólo dos de sus miembros. Esa ley -afirma- violaría el artículo 239 de la constitución provincial, del que se derivaría que se requiere una mayoría mínima de tres votos concurrentes para las decisiones del tribunal superior. La violación postulada habría importado en el caso, a su vez, la conculcación del derecho a no ser sacado de los jueces designados por la ley, que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional.

-III-

El recurso extraordinario se dirige contra el pronunciamiento del tribunal superior de la provincia de Neuquén que resolvió definitivamente acerca de la pretensión del recurrente y pone en cuestión el

alcance que el *a quo* dio a las normas de derecho federal en virtud de las cuales declaró inconstitucionales los artículos 11, inciso 3, del Código Penal y 121, inciso c, de la ley 24.660, en las que aquél basó su pretensión. En esa medida entiendo que es admisible (artículo 14, inciso 3, de la ley 48).

No lo es, en cambio, en lo que respecta al agravio relacionado con la constitución de la sala del Superior Tribunal de Justicia neuquino que dictó la sentencia impugnada. En ese aspecto, el planteo de la defensa depende exclusivamente de la interpretación de normas de derecho público provincial, cuestión ésta que es ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte (Fallos: 310:1424; 311:100; 330:4211).

-IV-

En cuanto al fondo de la cuestión por la que la impugnación es admisible, opino que la sentencia apelada carece de la debida fundamentación, en tanto ha decidido otorgar efectos sólo prospectivos a la declaración de inconstitucionalidad que confirmó sobre la base de fundamentos que no justifican esa conclusión. A su vez, los precedentes de la Corte que el *a quo* y la Cámara en lo Criminal invocaron en su respaldo -sin perjuicio de la mejor interpretación que V.E. pueda hacer de sus propias decisiones- no son aplicables a este caso.

El recurrente alega que una porción de la retribución que habría obtenido por su trabajo mientras estuvo alojado en prisiones dependientes de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal fue retenida en aplicación de la regla del artículo 121, inciso c, de la ley 24.660, y la más general del artículo 11, inciso 3, del Código Penal, para costear los gastos de su manutención. Esas reglas fueron después declaradas inconstitucionales, a pedido del ahora recurrente, quien requería en su petición el reembolso de lo retenido por ese concepto.

El fundamento de la inconstitucionalidad declarada en este proceso coincide, en esencia, con la doctrina que más tarde sentaría V.E. al fallar en el caso “Méndez” (Fallos: 334:1216). De acuerdo con esa doctrina, las personas condenadas a prisión tienen un derecho federal -asegurado por el artículo 18 de la Constitución y normas internacionales de igual jerarquía- a obtener condiciones dignas de encierro carcelario con independencia de su capacidad de costearlas. Las reglas cuestionadas son contrarias a ese derecho -sostuvo el Tribunal- pues “transf[ieren] al interno trabajador el costo de la obligación de su manutención que, según dicho marco normativo, pesa por entero sobre el Estado” (considerando 6°).

Como con razón lo señala el recurrente, la posibilidad -en la que se funda el fallo apelado- de que la contrariedad con la Constitución dependa de algún modo de cambios en normas sociales ocurridos en la historia reciente no tiene relevancia para la adjudicación de la pretensión esgrimida en estas actuaciones. Pues, a mi juicio, no hay ninguna razón, ni la ofrece tampoco el *a quo* en su sentencia, para pensar que ese cambio social decisivo no hubiera ocurrido con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad decidida en estas actuaciones -en lugar de coincidir temporalmente con ella- e incluso antes del inicio del encarcelamiento del recurrente (el 28 de mayo de 2004, según se afirma en el recurso de queja, fs. 66).

En tales condiciones, la mera posibilidad de que las normas declaradas inconstitucionales hayan devenido inválidas con el tiempo no es un hecho idóneo para dar fundamento a la decisión impugnada. En la medida en que se funda en esa observación genérica la sentencia del *a quo* resulta arbitraria.

-V-

Por otra parte, cabe recordar que una declaración de inconstitucionalidad de la naturaleza de la cuestionada en este proceso tiene, por regla, efectos retroactivos. Ése es el principio, en efecto, del control judicial de constitucionalidad tal como se lo ha entendido desde siempre en la jurisprudencia: “[U]na ley inconstitucional no es derecho; no confiere derechos subjetivos; no impone deberes; no brinda protección; no crea autoridad; es, desde el punto de vista jurídico, tan inoperativa como si nunca hubiera sido sancionada” (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica *in re* “Norton v. Shelby County”, 118 US 425 [1886], pág. 442; cf., en general, Walter V. Schaeffer, “Prospective Rulings: Two Perspectives”, *The Supreme Court Review*, vol 1982, págs. 1-24 [1982]).

El principio, sin embargo, reconoce excepciones. Como lo ha sostenido la Corte, corresponde efectivamente a los tribunales juzgar sobre la aplicación en el tiempo de su propia jurisprudencia, juicio que “ha de ser presidid[o] por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance” (considerando 2° de la sentencia dictada *in re* “Tellez”, Fallos: 308:552, en la que V.E. dispuso la aplicación prospectiva de la doctrina del precedente de Fallos: 308:490, “Strada”).

En la doctrina sentada en “Tellez” -como en la equivalente del precedente registrado en Fallos: 318:1508 (considerando 3°, en el que

el Tribunal dispuso la aplicación prospectiva de la doctrina de Fallos: 318:514, “Giroldi”) - el factor decisivo para limitar temporalmente la autoridad de la sentencia fue el hallazgo de que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional cuestionada habría desbaratado el derecho de defensa en juicio de quienes hubieran actuado razonablemente sobre la base del estado de cosas normativo anterior al cambio jurisprudencial. En esos casos, entendió la Corte, la aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia habría tenido el efecto perverso de provocar perjuicios equivalentes a los que su adopción había tenido como fin evitar.

La misma preocupación guió -en mi entender- la decisión de V.E. en la que atribuyó efectos sólo para el futuro al fallo por el que declaraba la inconstitucionalidad del procedimiento regulado en el artículo 19 de la ley 24.463, que preveía el derecho a interponer un recurso ordinario ante la Corte en casos previsionales (cf. sentencia *in re* “Itzcovich”, Fallos: 328:566). La invalidez allí declarada “no afectar[ía] el tratamiento del presente y de otros recursos ordinarios que a la fecha estén en condiciones de ser interpuestos para ante este Tribunal» (*id.*, considerando 15).

De modo semejante, en el caso “Monges” (Fallos: 319:3148) -precedente en el que basó su decisión en el *sub examine* la Cámara en lo Criminal- tras resolver el conflicto trabado entre la Facultad de Medicina y el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires sobre el régimen de ingreso a la carrera de medicina, el Tribunal declaró “que la autoridad de es[a] sentencia deber[ía] comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron [uno de los dos regímenes de ingreso en disputa]. En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos” (considerando 34).

Lo común a todos esos casos reside en que la aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial habría afectado expectativas importantes, vinculadas con la continuidad de un proceso en marcha -un proceso judicial, una carrera educativa- generadas razonablemente a la luz del estado de cosas normativo anterior, produciendo perjuicios que el nuevo estándar está dirigido a evitar.

Según lo aprecio, la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en estas actuaciones no tiene esa clase de consecuencias y, por ello, no en-

cuentro justificación para limitar sus efectos sólo para el futuro, y no para toda la extensión de la relación jurídica respecto de la cual fue dictada.

En efecto, su aplicación retroactiva no frustraría un proceso en marcha, iniciado o sostenido a la luz de los artículos declarados inválidos, que deba mantenerse a fin de no provocar los efectos negativos que la nueva jurisprudencia tuvo como objetivo prevenir. Antes bien, la retroactividad en cuestión sólo daría fundamento a la pretensión del interno trabajador-basada en la doctrina del enriquecimiento sin causa legítima- de obtener el reembolso de las sumas que habrían sido retenidas en aplicación de las normas declaradas constitucionalmente inválidas.

Cabe aclarar que no desconozco que la generalización de pedidos de reembolso basados en la doctrina del precedente “*Méndez*” pueda afectar la capacidad de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal de cumplir con los estándares que la Corte ha fijado en esa sentencia. Sin embargo, y pese a la opinión que en sentido contrario oportunamente expuse acerca del fondo de la cuestión, entiendo que ese riesgo no debe ser contrarrestado mediante la decisión lisa y llana de negar efecto retroactivo a esa declaración de inconstitucionalidad, pues ello importaría la injusticia de poner el costo del reconocimiento de un derecho precisamente en cabeza de quienes han sido víctimas de su violación.

-VI-

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a la queja, declarar parcialmente admisible el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado en la sección III de este dictamen, y revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de apelación. Buenos Aires, 19 de septiembre de 2013. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de Marcelo Alejandro Muñoz en la causa Muñoz, Carolina Marité y otro s/ robo calificado etc. – causa 256/09”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó el recurso local de casación deducido por la defensa de Muñoz y, en consecuencia, dejó firme el pronunciamiento de la Cámara Criminal Primera de la ciudad de Neuquén que había establecido —con fecha 30 de junio de 2009— que la declaración de inconstitucionalidad del art. 121, inc. c, de la ley 24.660, en virtud del cual se había efectuado la retención de las sumas reclamadas por Muñoz, producía sus efectos sólo desde ese mismo fallo y para el futuro. En consecuencia, desestimó la reclamación del peticionario para que dichos efectos se retrotrajeran al momento en que se habían realizado cada una de las deducciones efectuadas sobre el salario que le correspondió por el trabajo cumplido como persona privada de la libertad, con apoyo en el texto normativo privado de validez constitucional.

Para concluir de ese modo, el superior tribunal local consideró que, si bien mediante el control de constitucionalidad difuso la regla general establecía que debía asignarse efecto retroactivo al reconocimiento de un derecho, esa pauta era susceptible de ceder frente a situaciones donde se verificaba un “cambio de las valoraciones sociales”, con cita de Fallos: 328:566 (“Itzcovich”). Añadió que dicho parámetro era aplicable al caso, en tanto la remuneración del trabajo del interno no había constituido *stricto sensu* un salario del penado, más la visión que asimilaba el trabajo al castigo había cambiado “en el último tiempo”. En función de ello, agregó que la mentada declaración de inconstitucionalidad no resultaba de un vicio que la norma traía desde su origen sino que habría sobrevenido con dicho cambio, pues “tendría atingencia en ciertos cánones interpretativos de relativa actualidad con eje en una nueva jurisprudencia susceptible de fijar, según palabras de Benjamín N. Cadozo, una `línea divisoria´”, con cita de Fallos: 308:552 (“Tellez”). Asimismo, sostuvo que, aún en ese momento, no había aún “un consenso más o menos generalizado”, así como que la cuestión distaba de ser pacífica y que la real dimensión constitucional de la norma aludida, así como su interpretación y aplicación, no constituían un paradigma afianzado. Finalmente, entendió que, pese a que Muñoz se hallaba fuera del ámbito del Servicio Penitenciario Federal cuando se declaró la inconstitucionalidad de la citada norma, no se advertía una contradicción en la actividad jurisdiccional desarrollada en la instancia anterior, pues existía jurisprudencia, aunque excepcional, que permitía considerar

como justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a la revisión por falta de vigencia o actualidad (con cita de Fallos: 310:819; 316:479; 324:4061).

2º) Que contra esa decisión la defensa de Muñoz interpuso el recurso extraordinario cuya denegación motiva esta queja.

Plantea como agravios federales, por un lado, el modo de integración del superior tribunal local, pues la ley provincial 2239 —en función de la cual la cuestión fue resuelta mediante una de las salas de aquél con el voto de sólo dos de sus miembros— violaría, a su juicio, el art. 239 de la constitución provincial que impone para la adopción de las decisiones judiciales válidas del mentado tribunal una mayoría mínima de tres votos concurrentes.

A su vez, tacha la sentencia de arbitraria por falta de fundamentación suficiente, para lo cual afirma que si en un primer pronunciamiento se declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada, no puede una decisión ulterior mantener lo actuado al amparo de la norma privada de validez, desconociendo el natural efecto retroactivo de esa declaración. Entiende, además, que al rechazar su planteo, el tribunal a quo formuló un análisis que excede el marco de las atribuciones propias del re-curso, pues en definitiva neutraliza los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, que había adquirido fuerza de cosa juzgada en la causa, en violación de la garantía de la prohibición de la *reformatio in pejus*. Finalmente, considera que los precedentes en los que se apoyó la decisión recurrida son manifiestamente inaplicables a la situación ventilada en el sub lite.

3º) Que es inadmisibile el agravio atinente al modo en que fue constituida la sala del superior tribunal provincial, pues el planteo remite únicamente al examen de normas de naturaleza procesal local, sin que configure cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48 la invocada incompatibilidad entre diversos ordenamientos de esa especie (art. 31 de la Constitución Nacional; arts. 14, incs. 1º y 2º, y 15 de la ley 48; Fallos: 316:842; 317:1798; 318:1349 y sus citas), ni la interpretación de las cláusulas que regulan la constitución e integración de los tribunales de la causa, las formalidades de la sentencia y el modo en que dichos tribunales emiten sus votos (Fallos: 264:227; 281:306; 306:614; 313:83; 324:1884 y 327:4735).

4°) Que descartado el agravio que perseguía la anulación del pronunciamiento, el recurso extraordinario deducido en autos resulta formalmente admisible en cuanto se ha invocado la arbitrariedad del fallo. En efecto, el superior tribunal local incurrió en graves defectos de fundamentación que el Tribunal considera necesario poner de relieve, pues descalifican al pronunciamiento como acto jurisdiccional constitucionalmente sostenible, al demostrar que la equivocación de la sentencia es tan grosera que aparece como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia, según la clásica definición dada por esta Corte hace más de cincuenta años en la causa “Estrada Eugenio” (Fallos: 247:713) y reiterada hasta sus pronunciamientos más recientes (causa B.32.XLVII. “Badano, Eduardo José s/ juicio político”, sentencia del 14 de febrero de 2012 y sus citas).

5°) Que ello es así, en la medida en que el tribunal a quo sin brindar razones mínimamente consistentes convalida, con efectos *ex nunc*, la inconstitucionalidad que había sido declarada en un pronunciamiento anterior, omitiendo satisfacer la exigencia constitucional de la debida fundamentación de las decisiones judiciales (Fallos: 267:273; 302:1033; 311:1602; 317:874; 319:722; 323:2834 y 329:2563). En efecto, las genéricas referencias fácticas y temporales formuladas en el fallo para justificar la respuesta brindada al recurrente carecen de todo apoyo jurídico o fáctico vinculado con las circunstancias ventiladas en el sub lite, y aparecen sustentadas en la sola voluntad del juzgador (Fallos: 315:503; 322:2880; 326:3734 y 330:4983).

6°) Que esta Corte ha sostenido que en el marco de atribuciones reconocidas por la Constitución al Poder Judicial de la Nación, es un principio arquitectónico que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe tener por objeto la reparación de un agravio actual y personal del impugnante, resolviendo un caso contencioso que exhiba una colisión “efectiva” de derechos.

En el sub lite, dicho agravio —que alcanza, en las circunstancias del caso, también el derecho de propiedad del recurrente al tratarse de un fondo de naturaleza patrimonial al estar constituido por sumas de dinero— fue completamente ignorado por el tribunal local. En efecto, al resolver de ese modo, los tribunales de la causa convirtieron en abstracta a una cuestión que mantenía inalterado y enteramente subsistente el agravio inicial que había dado lugar al planteo constitucional, confiriendo efectos únicamente declarativos a la primera decisión

del tribunal de la causa, que —con clara finalidad reparadora— había declarado la inconstitucionalidad del art. 121, inc. c, de la ley 24.660, que obligaba a realizar el descuento en el salario del peticionario.

En definitiva, al no ordenarse el reintegro de los fondos, la sentencia deja incólume el perjuicio patrimonial causado al recurrente por la norma privada de validez e invocado —como presupuesto de base— para obtener una decisión apta del Poder Judicial, cuando el agravio llevado ante el superior tribunal local perseguía —precisamente— la reparación de ese detrimento, por lo que la solución es constitucionalmente insostenible a la luz de los tradicionales principios que estructuran el control de constitucionalidad asignado por la Constitución Nacional a todos los jueces de la República Argentina (Fallos: 202:184; caso “Di Mascio”, de Fallos: 311:2478, considerando 8°).

7°) Que tampoco sostiene constitucionalmente la sentencia la pretendida fundamentación que, tras reconocer la regla de que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos, invoca como excepción lo decidido por esta Corte en dos precedentes en los que se fijaron efectos únicamente para el futuro a los pronunciamientos que declaraban la inconstitucionalidad de ciertas normas.

Ello es así, pues el tribunal a quo prescindió de llevar a cabo el examen elemental de naturaleza preliminar que exige toda integración analógica de una regla de derecho sentada en un fallo precedente, consistente en considerar las concretas y particulares razones que permitirían equiparar la situación de hecho planteada en esta causa y la naturaleza de la reclamación promovida, con la considerada por esta Corte en aquellos supuestos que invocó para fundar la decisión de establecer únicamente para el futuro los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (conf. caso “Municipalidad c/ Elortondo”, de Fallos 33: 162, considerando 26).

Además, en relación con ello, asiste razón al apelante en cuanto alega que no resultan aplicables al caso los alcances definidos en los citados precedentes “Tellez” e “Itzcovich”, pues el Tribunal ha precisado en aquéllos que la aplicación retroactiva de un nuevo criterio jurisprudencial *en materia de vías procesales aptas* habría afectado el derecho de defensa en juicio de quienes hubieran actuado razonablemente sobre la base del régimen jurídico anterior al cambio jurisprudencial que lo reinterpreta (“Tellez”) o lo priva de

validez (“Itzcovich”). Dichas circunstancias resultan ajenas al sub lite, en cuanto la declaración de inconstitucionalidad del art. 121, inc. c, de la ley 24.660 con el pretendido efecto retroactivo, es la única respuesta que permitirá al recurrente obtener el reembolso solicitado, como consecuencia directa e inmediata de haberse privado de validez constitucional la cláusula normativa tachada de inválida, en virtud de la cual —precisamente— se había efectuado la retención declarada inconstitucional.

De la misma manera, tampoco concurren en el caso ninguna de las razones de excepción que llevaron a esta Corte, en otros asuntos, a modificar los efectos naturales de la inaplicabilidad de las normas en ocasión de pronunciarse en los precedentes de Fallos: 319:3148 [“Monges”], 330:2361 [“Rosza”] y en la causa R.369.XLIX “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional ley 26.855, medida cautelar (expte. n° 3034/13)”, sentencia del 18 de junio de 2013. En efecto, a diferencia del sub lite en que se trata de un asunto en el que se hace valer una reclamación de alcance individual, en los mentados precedentes la cuestión examinada se relacionaba —respectivamente— con la continuidad de una carrera educativa universitaria de miles de estudiantes que no habían sido parte en el proceso ni citados para intervenir; con las sentencias dictadas por jueces subrogantes cuya designación había sido efectuada sobre la base del régimen declarado inconstitucional, que —de ser nulas— podrían provocar la paralización de la administración de justicia con consecuencias gravísimas para la salud de la República (conf. acordada 7/2005); y con el funcionamiento del Consejo de la Magistratura, en cuyas manos se encuentra —de modo privativo— el proceso de selección para la designación de jueces y la acusación de ellos ante el jurado de enjuiciamiento, tras la declaración de inconstitucionalidad de la ley que previó una nueva composición del órgano y de elección de parte de sus miembros.

8°) Que, de otro lado, asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la decisión apelada vulnera la garantía de la prohibición de la *reformatio in pejus*, pues la resolución impugnada perjudica claramente su situación anterior, en la que contaba con un pronunciamiento a su favor para obtener el reintegro pretendido (Fallos: 318:2047; 323:2787; 326:4237 y 329:1447).

En efecto, en una primera intervención la cámara había hecho lugar al planteo de inconstitucionalidad de la norma impugnada, con la precisión de que dicho reembolso debía solicitarse por la vía administrativa correspondiente (fs. 577/578). Frente a la orden de la corte provincial, que en el marco de un recurso extraordinario local deducido por el defensor oficial del peticionario (fs. 583/584), hizo lugar al planteo casatorio y dispuso que el tribunal de la causa se pronuncie sobre el punto omitido y trate fundadamente si la devolución correspondía *in totum*, o no (fs. 605/609), la cámara estableció los efectos de la declaración de inconstitucionalidad desde su nuevo pronunciamiento y para el futuro, con lo cual, en rigor, negó todo reintegro de los fondos retenidos al amparo de la norma declarada inválida (fs. 626/627).

9º) Que en tales condiciones, los graves defectos en que incurrió el tribunal a quo al decidir afectan de modo directo e inmediato las garantías y derechos constitucionales invocados por el recurrente (ley 48, art. 15) y justifican la invalidación del pronunciamiento a fin de que la pretensión de éste sea nuevamente considerada y decidida mediante un fallo constitucionalmente sostenible.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance que surge de los considerandos que anteceden y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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 Marcelo Alejandro Muñoz, representado por el Dr. Pedro J. Telleriarte, en su carácter de defensor subrogante ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén.

Tribunal de origen: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén.

Tribunales intervinientes con anterioridad: Cámara Criminal I de la Primera Circunscripción Judicial.

**OBRA SOCIAL DE DOCENTES PARTICULARES c/
FUNDACION SANTA MARIA s/ EJECUTIVO*****OBRAS SOCIALES***

Cabe confirmar la sentencia que declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la decisión de 1° instancia que, tras rechazar las defensas opuestas, ordenó llevar adelante la ejecución de aportes y contribuciones de obra social consignados en el certificado de deuda, pues resulta acertado sujetar la ejecución fiscal a las previsiones del art. 92 de la ley 11.683 -según el cual la sentencia es inapelable-, descartándose la vía de apremio del CPCCN (arts. 554, 596, 604 y 605) en el cual rige el principio de apelabilidad.

OBRAS SOCIALES

Cabe dejar sin efecto la sentencia que declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la decisión de 1° instancia que, tras rechazar las defensas opuestas, ordenó llevar adelante la ejecución de aportes y contribuciones de obra social consignados en el certificado de deuda, pues toda vez que la ley específica en materia de obras sociales (23.660) no regula un procedimiento especial para la ejecución resulta aplicable el art. 605 CPCC, según el cual la sentencia dictada resulta apelable (Disidencia de los jueces Ricardo L. Lorenzetti y Elena I. Highton de Nolasco).

-Del dictamen de la Procuración, al que la disidencia remite-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Cámara Federal de Apelaciones de Salta declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la Fundación Santa María contra la decisión de primera instancia que tras rechazar las defensas de caducidad de instancia, inhabilidad de título, prescripción e incompetencia que dedujo, ordenó llevar adelante la ejecución de los aportes y

contribuciones de obra social consignados en el Certificado de Deuda n° 403 (fs. 5/11, 73/75 y 108).

Para resolver de este modo, los jueces sostuvieron que en virtud de lo establecido por el artículo 92, párrafo 9no. de la ley 11.683, cuya aplicación al caso surge de los decretos 507/93 (art. 29) y 2102/93, la apelación de la sentencia de ejecución se hallaba vedada. Asimismo, que el decreto 507/93 puso en cabeza de la Dirección General Impositiva -DGI- (hoy Administración Federal de Ingresos Públicos -AFIP-) la aplicación, recaudación, fiscalización y ejecución judicial de los recursos de la seguridad social, entre los que se hallan comprendidos todos los aportes y contribuciones que de acuerdo con la normativa vigente se recaudan sobre la nómina salarial (arts. 1 y 2). Puntualizaron además, que por Resolución conjunta de los ex Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Economía, Obras y Servicios Públicos 202/95, las obras sociales fueron autorizadas a fiscalizar y ejecutar los aportes que integran sus recursos, manteniéndose las facultades de la AFIP en orden a la supervisión de las obras sociales y que, con la emisión de la boleta o certificado de deuda se inicia el juicio de ejecución fiscal ya sea por la AFIP o la obra social, resultando de aplicación el artículo 92 de la ley 11.683 por ser la ley específica que regula la materia impositiva en los términos del artículo 605 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

Disconforme con ese pronunciamiento, la ejecutada -Fundación Santa María- interpuso el recurso extraordinario, que fue contestado y concedido por la posible violación de la garantía constitucional del artículo 18 exclusivamente, circunstancia que originó la presentación directa que también se trae a examen (fs. 112/128, 132/136 y 138/140 de los autos ppales. y fs. 152/161 del cuaderno de queja).

- II -

En síntesis, la ejecutada afirma que la sentencia del *a quo* reviste carácter de definitiva porque si adquiere firmeza no podrá plantear la prescripción de la obligación en un juicio ordinario ulterior. Asimismo, que los jueces omiten considerar que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de preceptos federales (art. 18, C.N., leyes 23.660 y 11.683 y dctos. 507/93 y 2102/93) y que si bien las normas procesales -incluidas las federales- resultan ajenas a la vía extraordinaria, cabe hacer excepción a tal principio cuando se cercena indebidamente el derecho a la segunda instancia ordinaria y se realiza una interpretación arbitraria que compromete la garantía de la defensa en juicio.

Dice que lo decidido reviste trascendencia institucional porque se concluye que, para el cobro de sus acreencias, las obras sociales deben aplicar el procedimiento previsto en el artículo 92 de la ley 11.683 -que proscribe la apelación de la sentencia de ejecución- cuando el mismo rige para supuestos en que la AFIP promueve la acción, y por lo tanto, viene a reemplazar el régimen especialmente instituido para las obras sociales en el artículo 24 de la ley 23.660 -y consecuente CPCCN- que sí admite el recurso de apelación; es más, que termina generando incertidumbre en cuanto a la legitimación de las obras sociales para accionar además de modificar el procedimiento actualmente aplicado por todos los tribunales del país.

Por otra parte resalta que el cambio de criterio jurisprudencial in-tempestivo por la Alzada -que implica la pérdida del derecho a apelar- coloca a su parte en una total indefensión al privarle del conocimiento previo de reglas de juego claras, lo cual importa la absoluta frustración de la vía utilizada (art. 18, C.N.).

Puntualiza que, habiendo sido promovida la ejecución por la obra social, la sentencia tampoco explica por qué prescinde u omite el artículo 24 de la ley 23.660 -no derogado- que expresamente contempla que el procedimiento aplicable a estos supuestos es la vía de apremio prevista en el CPCCN.

- III -

Cabe señalar, ante todo, que la obra social promovió ejecución por la suma de \$284.661,66 correspondiente al crédito instrumentado en el certificado de deuda n° 403 por ella emitido, más intereses y costas en los términos del artículo 604 y ss. y cc. del CPCCN y en consonancia con la ley 23.660 y modificatoria (v. fs. 12/13).

Atento a las constancias arrimadas y lo dispuesto por el artículo 604 del Código Procesal y artículo 24, apartado 1ro. de la ley 23.660, el juez de mérito tuvo por deducida ejecución fiscal contra la Fundación Santa María y ordenó librar mandamiento de intimación de pago y embargo, con citación para oponer excepciones dentro del plazo de 5 días (v. fs. 18).

Al contestar la citación de venta, la ejecutada planteó la caducidad de la instancia y opuso las defensas de inhabilidad de título, incompetencia y prescripción para el supuesto en que no prosperasen la caducidad y excepción de inhabilidad aludidos (v. fs. 28/35).

Finalmente, la jueza a cargo del juzgado de primera instancia rechazó el planteo de caducidad de la instancia y las excepciones deducidas ordenando llevar adelante la ejecución; en particular, para desestimar

la inhabilidad señaló que la ejecutada cuestionaba la causa de la obligación y que de las circunstancias detalladas no surgía que no adeudara lo reclamado, con lo cual el planteo excedía la finalidad de la norma contenida en el artículo 544 inciso 4° en orden a la legitimidad de la causa; con relación a la prescripción sostuvo que con la documentación reservada se advertía que no había transcurrido el lapso de tiempo pertinente y a la incompetencia, que del certificado de deuda -que se bastaba a sí mismo- tampoco surgía que se reclamara con base en el convenio que contemplaba la prórroga de la competencia (fs. 73/75).

- IV -

Tiene reiterado V.E. que si bien conforme a conocida jurisprudencia del Tribunal las decisiones recaídas en juicios ejecutivos y de apremio no constituyen como regla la sentencia definitiva a que alude el art. 14 de la ley 48 debido a la posibilidad que asiste a las partes de plantear nuevamente el tema, cabe hacer excepción a dicho principio cuando el fallo apelado frustra todo replanteo en un juicio ordinario ulterior (Fallos: 329:2152, entre otros) o cuando ha desestimado la defensa de prescripción, lo que supone dar curso a la ejecución fiscal sin que el agravio que de ello resulte pueda ser revisado en trámite posterior, donde ya no sería admisible (Fallos: 319:1254, entre muchos).

Supuesto que se configura en el presente desde que, la resolución declarando mal concedida la apelación deducida por la ejecutada en razón del carácter inapelable de la sentencia de primera instancia que rechazó esa defensa entre otras, importó dar curso a la ejecución sin que dichas cuestiones puedan ser nuevamente discutidas en un juicio de conocimiento posterior según lo prescripto por el artículo 553 del CPCCN.

Sentado lo anterior, a mi entender, el recurso extraordinario es formalmente admisible porque si bien las decisiones que declaran la inadmisibilidad de los recursos interpuestos ante los tribunales de la causa no resultan revisables por la vía del artículo 14 de la ley 48, V.E. ha hecho excepción a tal principio cuando lo decidido, no obstante vincularse con aspectos de índole procesal, violenta la garantía de defensa en juicio (Fallos: 329:1767, entre otros).

Cabe aclarar, ante todo, que la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si, en virtud de lo dispuesto por el artículo 605 del CPCCN el procedimiento aplicable a esta ejecución -como sostiene el a quo- es el establecido en el artículo 92 de la ley 11.683 y en consecuencia la sentencia es inapelable, o bien, es el dispuesto para el juicio ejecutivo y el fallo es apelable según lo prescripto por el artículo 554, cuyo inciso 4°

admite ese recurso en el supuesto que la cuestión decidida -conforme alega la ejecutada con fundamento en el artículo 24 de la ley 23.660- causare un gravamen irreparable al no poderse plantear nuevamente la defensa de prescripción en el juicio ordinario ulterior.

Debe recordarse que el artículo 92 de la ley 11.683 dispone que el cobro judicial de tributos, pagos a cuenta, anticipos, accesorios, actualizaciones, multas ejecutoriadas, intereses u otras cargas cuya aplicación, fiscalización o percepción esté a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, debe hacerse por la vía de la ejecución fiscal establecida en esta ley, sirviendo de suficiente título al efecto la boleta de deuda expedida por dicho organismo.

Por su parte, el artículo 24 apartado 1° de la ley 23.660 dispone que el cobro judicial de los aportes, contribuciones, recargos, intereses y actualizaciones adeudados a las obras sociales, y de las multas, se realice por la vía de apremio prevista en el CPCCN, sirviendo de suficiente título ejecutivo el certificado de deuda expedido por las obras sociales o los funcionarios en que aquéllas hubieran delegado esa facultad. El artículo 605 del CPCCN, a su vez, establece que la ejecución fiscal debe tramitar conforme a las reglas que estableciere la ley que específicamente regula la materia impositiva u otro título al que también por ley se haya atribuido fuerza ejecutiva. Agrega que, a falta de tales disposiciones o en lo que ellas no previenen procederán las excepciones que el CPCCN indica en ese precepto.

En ese marco, a mi entender, el reenvío que el artículo 605 del CPCCN efectúa a las reglas sobre ejecución fiscal que la ley especial contenga, debe entenderse como realizado a aquélla que otorga carácter de título ejecutivo al certificado de deuda emitido por una obra social, es decir, la Ley de Obras Sociales 23.660 (art. 24, apartado 1°), no a la ley específica en materia impositiva como ha resuelto el *a quo*. Cuerpo legal que -vale aclarar- ninguna previsión específica sobre la ejecución fiscal contiene sino que, por el contrario, ordena que la ejecución de tal certificado sea tramitada por la vía de apremio establecida en el CPCCN.

En consecuencia, toda vez que la ley específica en materia de obras sociales (23.660) no regula un procedimiento especial para la ejecución resulta aplicable el artículo 605 del CPCCN en cuanto prescribe que a falta de disposiciones en dicha ley, la ejecución fiscal debe tramitar conforme a sus preceptos, según los cuales la sentencia dictada resulta apelable (v. art. 554).

Máxime cuando, el procedimiento de ejecución reglado en el artí-

culo 92 de la ley 11.683 resulta aplicable a supuestos en que la AFIP es el organismo que persigue el cobro judicial de los aportes y contribuciones recaudados sobre la nómina salarial, y no como aquí ocurre, en que la ejecución ha sido promovida por una obra social. Cabe recordar en tal sentido que V.E. ha sostenido que lo atinente a la restricción a la apelabilidad de la sentencia de ejecución fiscal establecida en ese precepto constituye un supuesto excepcional a los fines de atribuir el carácter de sentencia definitiva a lo resuelto, en tanto podría importar un entorpecimiento a la percepción de la renta pública (Fallos: 326:3024, entre otros).

Situación que se encarece si se pondera que el mismo *a quo* por otra parte reconoció que la aplicación del procedimiento contemplado en el artículo 92 de la ley 11.683 en el *sub lite* recién se verificó en segunda instancia y atento a ello concedió el recurso extraordinario con fundamento en que tal circunstancia efectivamente pudo suscitar un agravio a la garantía del debido proceso y la defensa en juicio reglada por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Aspecto que también -vale puntualizar- surge de la sentencia del juez de mérito, quien dio tratamiento a la excepción de incompetencia interpuesta y la desestimó mediante argumentos de fondo, cuando de haber entendido aplicable el procedimiento del artículo 92 de la ley 11.683 debió declararla inadmisibles conforme regula este precepto.

En tales condiciones, de mantenerse el criterio de la alzada sobre inapelabilidad de la sentencia de ejecución quedaría definitivamente clausurada la posibilidad de revisión para la recurrente de las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, con violación del principio de defensa en juicio (v. Fallos: 319:2300, 322:293, entre otros). Por ello, conforme reiteradamente lo ha dicho V.E., si bien las decisiones que declaran la inadmisibilidad de los recursos deducidos ante los tribunales de la causa no justifican -como regla- el recurso extraordinario, ello no es óbice para invalidar lo decidido cuando la resolución -como ocurre en el *sub lite* en que se prescinde del procedimiento establecido por el artículo 24 de la ley 23.660- carece de fundamentación suficiente y frustra una vía apta para el reconocimiento de los derechos invocados con menoscabo de la garantía de defensa en juicio reconocida en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 324:3640 y sus citas, entre muchos).

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 25 de noviembre de 2011. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Obra Social de Docentes Particulares c/ Fundación Santa María s/ ejecutivo”.

Considerando:

1°) Que esta Corte comparte lo expuesto en los apartados I a IV (en sus párrafos primero a tercero, inclusive) del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Que, en primer término, corresponde señalar que ciertos planteos de la apelante por su manifiesta inconsistencia deben ser rechazados.

En este sentido, cabe mencionar que la sola lectura de la sentencia descarta el vicio de arbitrariedad que la recurrente le endilga, pues el pronunciamiento de la cámara no se apoya en la sola voluntad de los jueces sino que contiene una interpretación de las normas que rigen el caso que, por lo de-más, ha sido sustentada en el fallo de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social que aquéllos citaron.

Por su parte, la afirmación en el sentido de que el decreto 507/93 —por su jerarquía normativa— no podría ser entendido como una modificación del procedimiento fijado en una ley, omite considerar que se trata de un decreto de necesidad y urgencia que ha obtenido la ratificación legislativa (cf. artículo 22, de la ley 24.447), circunstancia que descarta la inconstitucionalidad invocada por la apelante.

3°) Que, aclarado el aspecto precedente, la decisión del Tribunal ha de ceñirse a determinar si el cobro judicial de los aportes y contribuciones reclamados por una obra social con sustento en el certificado de deuda expedido por aquella debe perseguirse por el procedimiento previsto para la vía de apremio en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, por lo tanto, rige el principio de apelabilidad de la sentencia (ver artículo 24 de la ley 23.660; artículos 554, 596, 604 y 605 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), o, si corresponde seguir el procedimiento de ejecución fiscal fijado por la ley impositiva

y, en consecuencia, la sentencia es inapelable (artículo 605 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; artículo 92 de la ley 11.683; decreto 507/93; decreto 2102/93 y normas concordantes).

4°) Que la ley de obras sociales 23.660 (B.O. 20/1/89) en lo que al caso interesa dispone: “El cobro judicial de los aportes, contribuciones, recargos, intereses y actualizaciones adeudados a las obras sociales, y de las multas establecidas en la presente ley se hará por la vía de apremio prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sirviendo de suficiente título ejecutivo el certificado de deuda expedido por las obras sociales o los funcionarios en que aquéllas hubieran delegado esa facultad” (artículo 24, primer párrafo).

Dicha vía de apremio o ejecución fiscal ha sido regulada por los artículos 604 y 605 del ordenamiento procesal. En el primero de ellos, se establece que la forma del título y su fuerza ejecutiva serán las determinadas por la legislación fiscal. En el segundo, se prevé que la ejecución fiscal tramitará “conforme a las reglas que estableciere la ley que específicamente regula la materia impositiva u otro título al que también por ley se haya atribuido fuerza ejecutiva”. Ante la falta de tales disposiciones o en lo que ellas no previeran procederán las excepciones que el código procesal indica en ese artículo.

Resta agregar que por ser la vía de apremio o ejecución fiscal uno de los supuestos de las ejecuciones especiales que regula aquel código, debe regirse —con las modificaciones que se establecen— por el procedimiento previsto para el juicio ejecutivo (artículo 596 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), en el que la sentencia de remate es apelable en los supuestos que expresamente detalla el artículo 554 del ordenamiento procesal.

Por su parte, el artículo 92 de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones) en lo que resulta pertinente dispone: “El cobro judicial de los tributos, pagos a cuenta, anticipos, accesorios, actualizaciones, multas ejecutoriadas, intereses u otras cargas cuya aplicación, fiscalización o percepción esté a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, se hará por la vía de la ejecución fiscal establecida en la presente ley, sirviendo de suficiente título a tal efecto la boleta de deuda expedida por dicho organismo”. El mismo artículo prevé: “La sentencia de ejecución será inapelable, quedando a salvo el derecho de la Administración Federal de Ingresos Públicos de librar nuevo título de

deuda, y del ejecutado de repetir por la vía establecida en el artículo 81 de la ley” (cf. párrafos primero y décimo quinto del texto vigente).

5°) Que aunque la remisión que efectúa el artículo 24 de la ley de obras sociales a la vía de apremio del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —y el envío que éste, a su vez, dispone en su artículo 605— sea entendida, como lo hizo el a quo, a la ley específica que regula la materia impositiva, o bien, como lo propone el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a la ley que ha otorgado fuerza ejecutiva al título y en lo no previsto por ésta, deba acudirse a las normas del juicio ejecutivo que rigen la ejecución fiscal, no es posible soslayar que a partir de la creación de la Contribución Unificada de la Seguridad Social (CUSS) —integrada entre otros rubros por los aportes y contribuciones con destino al Régimen Nacional de Obras Sociales (artículos 86 y 87, inciso e del decreto 2284/91)—, se produjeron cambios sustanciales en el régimen de los recursos de la seguridad social, como los introducidos por el decreto 507/93, en cuyo texto corresponde detenerse.

6°) Que el decreto 507/93 (B.O. 25/3/93) ratificado por el artículo 22 de la ley 24.447 (B.O. 30/12/94), al modificar las facultades conferidas a la Administración Nacional de la Seguridad Social por el artículo 2° del decreto 2741/91, en su Capítulo I dispuso:

“La Dirección General Impositiva será la encargada de la aplicación, recaudación, fiscalización y ejecución judicial de los recursos de la seguridad social correspondientes a: ‘Los regímenes nacionales de jubilaciones y pensiones...’; los ‘Subsidios y asignaciones familiares’; ‘El Fondo Nacional de Empleo’, y a ello agregó, ‘Todo otro aporte o contribución que, de acuerdo con la normativa vigente, se deba recaudar sobre la nómina salarial’” (artículo 3°, del decreto 507/93; ver también el artículo 3°, del decreto 618/97 —B.O. 14/7/97— que mantuvo similares atribuciones en cabeza de la Administración Federal de Ingresos Públicos, y el artículo 2°, del decreto 217/03 —B.O. 18/6/03—).

En el Capítulo II estableció los “Procedimientos y sanciones aplicables a los recursos de la Seguridad Social” en los siguientes términos:

“Serán asimismo de aplicación, con relación a los recursos de la seguridad social, las normas de la ley 11.683, t.o. en 1978 y sus modificaciones que por vía reglamentaria determine el Poder Ejecutivo Nacional.... No serán de aplicación supletoria otras normas de la citada ley”

(artículo 29, del decreto 507/93). Dispuso, además, que mantendrían su vigencia “...todas las normas legales y reglamentarias que integran el régimen de los recursos de la seguridad social, en tanto no se opongan a las disposiciones del presente decreto o a las que resultaren aplicables de acuerdo con sus previsiones” (artículo 30, del decreto citado).

Por su parte, el decreto 2102/93 (B.O. 20/10/93) cumplió con aquella reglamentación y previó que: “Serán de aplicación en relación con los recursos de la seguridad social definidos en el artículo 3° del decreto 507 de fecha 24 de marzo de 1993...”, entre otros, el artículo “...92 —excluido el séptimo párrafo y la remisión al artículo 81 del noveno párrafo— de la ley 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones” (artículo 1°).

Posteriormente, al establecerse el procedimiento de impugnación de las deudas relativas a los recursos propios de las obras sociales —cuyo cobro infructuoso daría lugar al juicio de ejecución fiscal—, la Administración Federal de Ingresos Públicos puso de relieve la necesidad de “...uniformar los procedimientos que rigen las impugnaciones en relación a los Recursos de la Seguridad Social” y, a tal efecto, dispuso que con respecto a las deudas determinadas por las obras sociales, éstas y los contribuyentes debían ajustar su proceder en materia recursiva a la resolución general (AFIP) 79/98 (B.O. 30/1/98), autorizando a que una vez resueltas las impugnaciones por las obras sociales, los contribuyentes plantearan su revisión ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, cuya decisión sería definitiva en sede administrativa y apelable ante la Cámara Federal de la Seguridad Social (artículos 1 a 4 de la resolución general (AFIP) 247/98 (B.O. 5/11/98), y sus considerandos).

7°) Que, resulta pertinente señalar que aun cuando es cierto que las atribuciones de fiscalización y cobro judicial de los recursos de la seguridad social que el artículo 3° del decreto 507/93 puso en cabeza del organismo fiscal, según ha sido reconocido por las propias resoluciones dictadas por la autoridad de aplicación, distan de ser exclusivas pues coexistirían con las otorgadas en idéntico sentido por la ley de obras sociales (artículo 21 y 24 de la ley 23.660), no ha ocurrido lo mismo en cuanto a las reglas de procedimiento fijadas.

8°) Que, en efecto, se inscriben en dicha concurrencia de facultades, la resolución conjunta del Ministerio de Trabajo y del Ministerio

de Economía 202/95, que restableció la vigencia de la resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 890/92, mediante la que se “facultó” a las obras sociales a fiscalizar y ejecutar los aportes y contribuciones con destino al Régimen Nacional de Obras Sociales; la resolución general (DGI) 4057/95, que reconoció el ejercicio de las facultades antes mencionadas por parte de las obras sociales y reglamentó los instrumentos de pago que debían utilizarse para el ingreso de los aportes y contribuciones, como asimismo, el régimen de información al que aquéllas quedaban sujetas; lo expresado en los considerandos de la resolución general (AFIP) 247/98, en el sentido de que la citada resolución 890/92 “facultó a las obras sociales para ejercer la fiscalización y ejecución de los aportes y contribuciones que integran sus recursos, sin afectar la competencia directa de esta Administración Federal de Ingresos Públicos ni la potestad de control del ejercicio de las facultades conferidas a dichas entidades”; o años más tarde, la resolución general (AFIP) 1648/04, que regló el sistema de cancelación de “...los aportes y contribuciones sobre la nómina salarial con destino al Régimen Nacional de Obras Sociales...”, y la obligación de información que éstas debían cumplir con relación a sus propios actos de fiscalización y ejecución judicial (artículos 1° y 8°).

Por el contrario, en cuanto al procedimiento, además de la mencionada unificación del régimen de impugnación de deudas que con respecto a las obras sociales y los particulares dispuso la resolución general 247/98, no sufrieron alteración alguna las expresas previsiones contenidas en el artículo 29 del decreto 507/93 (aprobado por la ley 24.447) y en el decreto reglamentario 2102/93, en el sentido de aplicar “a los recursos de la seguridad social” las normas del juicio de ejecución fiscal contenidas en la ley 11.683, y en cuanto al caso interesa, el artículo 92 de ese ordenamiento que fija la regla de la inapelabilidad de la sentencia.

Ello sustenta adecuadamente la decisión del a quo, que sin perjuicio de reconocer las atribuciones conferidas a las obras sociales para la emisión del título ejecutivo y para el cobro judicial de los aportes y contribuciones adeudados, sujetó la ejecución fiscal a las previsiones del artículo 92 antes citado y, en consecuencia, descartó la posibilidad de aceptar un doble orden de reglas procesales, según que la ejecución sea iniciada por la autoridad fiscal con apoyo en las normas impositivas precedentemente mencionadas, o bien, por la obra social en los términos del artículo 24 de la ley 23.660.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado y se confirma la sentencia. Con costas. Se desestima el recurso de queja y se declara perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese, archívese la queja y, oportunamente, devuélvase.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que las cuestiones planteadas por la recurrente encuentran adecuada respuesta en los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los cuales corresponde remitir.

Por ello, se declaran procedentes los remedios interpuestos y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expuesto. Agréguese la queja al principal. Devuélvase el depósito efectuado. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Fundación Santa María, demandada en autos**, representada por el **Dr. Pablo Ponce Peñalva, en calidad de apoderado.**

Traslado contestado por la **Obra Social de Docentes Particulares**, representada por la **Dra. Amanda Dora Pérez de Ballón, en calidad de apoderada.**

Recurso de hecho interpuesto por la **Fundación Santamaría**, representada por el **Dr. Pablo Ponce Peñalva.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Salta.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal n° 2 de Salta.**

PEDRAZA, HÉCTOR HUGO c/ A.N.S.E.S. s/ ACCIÓN DE AMPARO*HABER JUBILATORIO*

Frente al peligro cierto de desconocer la vigencia de los beneficios de la seguridad social a centenas de miles de jubilados, el Poder Judicial ve comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de la Constitución Federal, por lo que corresponde declarar -conforme lo establecido en el art. 15 de la ley 24.463-, la competencia de la Cámara Federal local para entender en la acción de amparo iniciada por un pensionado con el objeto de obtener el pago de haberes retroactivos, declarar la inconstitucionalidad del artículo 18 de la ley 24.463 y establecer que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces federales con asiento en las provincias, que serán de competencia de las cámaras federales que sean tribunal de alzada, en causas que no sean de naturaleza penal, de los juzgados de distritos competentes.

SEGURIDAD SOCIAL

La ampliación de la competencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que en su momento pudo ser considerada una ventaja para los beneficiarios del sistema previsional, ha derivado con su aplicación en el tiempo en una clara postergación injustificada de la protección que el Estado debe otorgar a los jubilados.

HABER JUBILATORIO

La aplicación de las disposiciones establecidas en el artículo 18 la ley 24.463, en tanto asignan competencia exclusiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social para conocer, en grado de apelación, de todas las sentencias que dicten los juzgados federales con asiento en las provincias en los términos del artículo 15 de la citada ley, importan una clara afectación de la garantía a la tutela judicial efectiva de los jubilados y pensionados que no residen en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, pues mediante este sistema recursivo centralizado ven incrementados los costos y plazos para el tratamiento de sus planteos, lo que claramente les dificulta la posibilidad de ejercer adecuadamen-

te su derecho de defensa en el proceso que persigue el reconocimiento de derechos alimentarios.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento, tal como lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (artículo 75, inc. 22), como ser; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25.2.a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1).

HABER JUBILATORIO

La competencia que el artículo 18 de la ley 24.463 atribuye a la Cámara Federal de la Seguridad Social en materia de apelación respecto de las sentencias dictadas por los juzgados federales provinciales en los términos del artículo 15 de la ley citada, no resulta un medio ni adecuado, ni idóneo, ni necesario, ni proporcional en relación con los derechos, intereses y valores que el Estado está llamado a proteger en dicha materia.

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Con sustento en lo dispuesto en el artículo 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, cabe declarar, que hasta nueva disposición del Tribunal, la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces federales con asiento en las provincias, que con el alcance establecido en el considerando 5° serán de competencia de las cámaras federales que sean tribunal de alzada, en causas que no sean de naturaleza penal, de los juzgados de distritos competentes (Voto del juez Enrique S. Petracchi).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Los magistrados de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y los de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, discrepan en torno a su competencia para conocer en esta causa, promovida por el actor contra la A.N.Se.S. -Unidad de Atención y Asistencia a Veteranos de Malvinas- con el fin de que se condene al organismo a liquidar y pagar la “Pensión Honorífica de Veteranos de la Guerra del Atlántico Sur”, en los términos de la ley n° 23.848 y sus modificatorias y del decreto 2634/90 -y su mod.- (fs. 74/82, 88, 131/133, 167, 181 y 189/191).

Con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que rechazó la acción de amparo incoada, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán declaró su incompetencia para intervenir como tribunal de alzada y remitió la causa a la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Por su lado, la Sala I de esa Cámara, rechazó su competencia con sustento en que sólo debe actuar como tribunal de grado, en los recursos de apelación intentados contra sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias, en los supuestos en que la acción se promovió conforme a lo previsto por el artículo 15 de la ley 24.463.

En tales condiciones, se suscita un conflicto negativo de competencia que toca dirimir al Tribunal, en los términos del artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/1958, texto según ley 21.708.

- II -

La presente causa guarda sustancial analogía con la dictaminada por la Sra. Procuradora General de la Nación, el 14 de agosto de 2013, en los autos Comp. 56, L. XLIX, “Portells, Hipólito y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ Personal Militar y Civil de las FFAA. y de Seguridad”, a cuyas conclusiones incumbe remitir, en todo lo pertinente, por razones de brevedad.

Por lo expuesto, considero que la causa debe continuar su trámite ante la Cámara Federal de la Seguridad Social. Buenos Aires, 29 de noviembre 2013. *Marcelo Adrián Sachetta*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que entre la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y la Cámara Federal de la Seguridad Social se ha planteado una contienda negativa de competencia en la causa iniciada por un pensionado en los términos de la ley 23.848 contra la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) con el objeto de obtener el pago de haberes retroactivos desde la fecha de la presentación de su solicitud administrativa.

La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán se declaró incompetente por considerar que se trataba de una controversia de naturaleza previsional que debía ser resuelta por el fuero especializado en la materia para *posibilitar al administrado un mejor servicio de justicia* (fs. 167/167 vta). Por su lado, la Cámara Federal de la Seguridad Social rechazó su competencia al evaluar que, en virtud del artículo 18 de la ley 24.463, sólo actúa como tribunal de apelación en los recursos deducidos contra sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias en los supuestos en que la acción se inicie conforme a lo previsto por el artículo 15 de la ley 24.463 modificado por el art. 3º de la ley 24.655 (fs. 181).

A su turno la cámara preopinante insistió en su criterio original (fs. 189). En tales condiciones, se configura una contienda negativa de competencia que corresponde resolver al Tribunal (artículo 24, inciso 7º, del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708).

2º) Que el presente conflicto de competencia debe ser resuelto en el marco de colapso en que se encuentra la Cámara Federal de la Seguridad Social debido a la sobrecarga de expedientes. Esta circunstancia obliga a esta Corte a examinar esta grave situación al margen de que ya tiene dicho que ese tribunal sólo conocerá en las apelaciones planteadas contra sentencias dictadas en demandas de conocimiento pleno en los términos del artículo 15 de la ley 24.463 (conf. Competencia N° 337.XLVII “Mamone, Rosa F. c/ ANSeS y otro s/ amparo”, sentencia del 20 de diciembre de 2011).

3º) Que en su acordada 1/2014 la citada cámara ha advertido que se encuentra en *una aguda crisis que la pone en la imposibilidad de brindar el servicio de justicia que merece nuestra sociedad en materia de derechos alimentarios que hacen a la subsistencia misma.*

4º) Que la crítica situación señalada impacta directamente en uno de los grupos vulnerables que define nuestra Constitución –los jubilados– que no logran obtener respuestas de los jueces cuando efectúan un reclamo en torno a su prestación previsional, de neto carácter vital y alimentario (artículo 75, inc. 23).

5º) Que en la búsqueda de resolver esta *aguda crisis* que va a contra mano del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan, resulta necesario empezar por recordar que este Tribunal ya ha acudido a la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las normas atributivas de competencia que excedan los límites constitucionales de sus atribuciones jurisdiccionales, en la medida en que la ausencia de planteamiento de la incompetencia *ratione materiae* por los interesados no puede ser obstáculo para el pronunciamiento de oficio a su respecto (Fallos: 143:191; 185:140; 238:288 entre otros); de lo contrario, se forzaría a los magistrados a declinar la propia jurisdicción o asumir la de otros tribunales u órganos sobre la base de normas constitucionalmente inválidas (Fallos: 306:303 voto de los jueces Fayt y Belluscio).

6º) Que dadas las circunstancias actuales descriptas, y de acuerdo con los fundamentos mismos de su rol institucional como cabeza del Poder Judicial de la Nación, esta Corte Suprema estima oportuno revisar la validez constitucional de la competencia atribuida por el artículo 18 de la ley 24.463 a la Cámara Federal de la Seguridad Social en lo que respecta a su carácter de tribunal de apelación de las sentencias dictadas por los juzgados federales con asiento en las provincias en los términos del artículo 15 de esa ley.

En efecto, ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas relacionadas con ellas. Las leyes no pueden ser interpretadas sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, y está destinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción (Fallos: 241:291 y 328:566)

7º) Que la ley 24.463 implicó –en conjunción con otras leyes de la época– una profunda reforma al sistema jubilatorio y en particular al procedimiento de impugnación judicial de los actos administrativos de la Administración Nacional de la Seguridad Social.

En cuanto aquí interesa, estableció que la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social creada por ley 23.473 como fuero especializado de competencia nacional se transformaría en Cámara Federal y que intervendría en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social de la Capital Federal y de los juzgados federales con asiento en las provincias (artículos 15 y 18).

8º) Que mediante la ley 24.463 el Poder Legislativo, en uso de las facultades otorgadas por el artículo 75, inc. 20 de la Constitución Nacional, reglamentó el procedimiento en materia de seguridad social de acuerdo con un criterio cuya conveniencia o acierto esta Corte ha reconocido como un ámbito ajeno a la posibilidad de revisión judicial (doctrina de Fallos: 300: 642, 700 y 328:566, entre muchos otros). Esta facultad legislativa no obsta sin embargo a la valoración que quepa efectuar acerca de la racionalidad de las medidas adoptadas, entendida ésta como la adecuación entre el medio elegido y el fin propuesto como bien social en un momento dado. Ese medio será admisible siempre que tenga una relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional.

9º) Que el objetivo que el Estado perseguía mediante la creación del fuero federal de la seguridad social y el establecimiento de la competencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social era instalar un sistema eficiente, que permitiese cubrir mejor los riesgos de subsistencia de la población de mayor edad o incapacitada para el trabajo, estableciendo un modo de revisión judicial de los actos que “otorguen o denieguen” beneficios y reajustes (Fallos: 313:1005; 318:1386 y 328:566).

En este sentido, cabe tener presente que la finalidad que se tuvo en cuenta al momento de crear la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social –antecesora de la Cámara Federal actual– fue dotar a la justicia de un ámbito especializado que solucionase

en forma rápida y eficaz los numerosos problemas que se presentan dentro del área de la seguridad social (conf. Debate Parlamentario de la ley 23.473).

10) Que sin embargo, el Tribunal no puede negar la evidencia empírica que demuestra que la vigencia del procedimiento de apelación establecido en el artículo 18 de la ley 24.463 ha tenido el efecto contrario. Ha producido en la Cámara Federal de la Seguridad Social una acumulación de causas provenientes de diferentes jurisdicciones federales del país que deriva en el colapso al que ya se ha hecho referencia en el considerando 3º, afectando de esta manera en forma decisiva la posibilidad de que ciudadanos que se encuentran en situación de vulnerabilidad obtengan en forma rápida y eficiente una respuesta jurisdiccional a sus reclamos de contenido netamente alimentarios.

En consecuencia, la ampliación de la competencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que en su momento pudo ser considerada una ventaja para los beneficiarios del sistema previsional, ha derivado con su aplicación en el tiempo en una clara postergación injustificada de la protección que el Estado debe otorgar a los jubilados.

11) Que frente al peligro cierto de desconocer la vigencia de los beneficios de la seguridad social a centenas de miles de jubilados, el Poder Judicial ve comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de la Constitución Federal.

Ello lleva a ponderar las circunstancias presentes para evitar que por aplicación mecánica e indiscriminada del artículo 18 de la ley 24.463 se vulneren derechos fundamentales de la persona y se prescinda de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en los casos concretos. De así ocurrir, la solución sería frontalmente contraria al propósito de “afianzar la justicia”, enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (doctrina de Fallos: 307:326 y 328:566).

12) Que en consecuencia, el artículo 18 de la ley 24.463 no permite efectivizar la pretensión fundamental del legislador de garantizar acciones y vías procesales que posibiliten un efectivo acceso al servicio de justicia y a la tutela jurisdiccional, asegurando la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales (arg. Fallos: 328:566).

13) Que tampoco es posible soslayar que la Cámara Federal de la Seguridad Social tiene su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por lo que en esta ciudad se concentra la totalidad de las apelaciones ordinarias deducidas en las causas previsionales que se inician en todo el país. Por tal motivo, en esta materia, cualquier adulto mayor o persona incapacitada de trabajar que decida impugnar judicialmente actos de la Administración Nacional de la Seguridad Social debe representarse la alternativa, altamente probable por cierto, de que su causa continúe su trámite ordinario en la citada ciudad.

No importa que el actor resida en la provincia que sea, lo cierto es que las decisiones que a su respecto se adopten en los juzgados federales con asiento en las provincias, al ser apeladas, continuarán su trámite en la Ciudad de Buenos Aires. Así, la aplicación de la ley vigente conduce a que se plantee la paradoja de que personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y formulan pretensiones de carácter alimentario, que se relacionan con su subsistencia y su mejor calidad de vida, se ven compelidas a acudir a tribunales ordinarios que distan centenares o miles de kilómetros del lugar donde residen, debiendo afrontar los costos que el cambio de sede implica.

14) Que por tal motivo, y atento a las particulares características de la materia en examen, es posible sostener que la aplicación de las disposiciones establecidas en el artículo 18 la ley 24.463, en tanto asignan competencia exclusiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social para conocer, en grado de apelación, de todas las sentencias que dicten los juzgados federales con asiento en las provincias en los términos del artículo 15 de la citada ley, importan una clara afectación de la garantía a la tutela judicial efectiva de los jubilados y pensionados que no residen en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, pues mediante este sistema recursivo centralizado ven incrementados los costos y plazos para el tratamiento de sus planteos, lo que claramente les dificulta la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa en el proceso que persigue el reconocimiento de derechos alimentarios.

15) Que en este sentido, no es ocioso señalar que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los dere-

chos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento. Así lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (artículo 75, inc. 22) entre los cuales cabe citar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25.2.a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1).

Tal derecho aparece seriamente afectado cuando, en una materia tan sensible como lo es la previsional, el trámite ordinario del proceso, sin razones particulares que lo justifiquen, se traslada de la sede de residencia del actor. En este sentido, cabe resaltar que la importancia de la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad ha sido expresamente destacada en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Capítulo II, Sección 4º, pto. 42).

16) Que permitir que las cámaras de apelaciones federales con asiento en las provincias intervengan comoalzada en materia previsional garantiza el bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional y la aplicación efectiva de los derechos de los beneficiarios del sistema previsional.

17) Que, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, cabe concluir en que la competencia que el artículo 18 de la ley 24.463 atribuye a la Cámara Federal de la Seguridad Social en materia de apelación respecto de las sentencias dictadas por los juzgados federales provinciales en los términos del artículo 15 de la ley citada, no resulta un medio ni adecuado, ni idóneo, ni necesario, ni proporcional en relación con los derechos, intereses y valores que el Estado está llamado a proteger en la materia bajo examen.

18) Que con arreglo a lo decidido en la acordada 80/93, este desplazamiento de la competencia será de aplicación inmediata, alcanzando inclusive a todos los asuntos radicados ante la Cámara Federal de la Seguridad Social o con recurso de apelación ya concedido, con excepción de aquellos en los que se hubiesen dictado actos típicamente jurisdiccionales antes del 30 de abril de 2014.

La fijación de esta línea divisoria en los términos señalados ha tenido debidamente en consideración la especial prudencia que debía guiar decisiones de esta especie, en la medida en que a diferencia de las situaciones examinadas por el Tribunal en los casos “Tellez” e “Itzcovich” (Fallos: 308:552 y 328:566, respectivamente), la nueva radicación de las causas ante las cámaras federales no priva de validez alguna a los actos procesales cumplidos, que mantienen incólume su validez y eficacia (Fallos: 114:89; 233:62; 256:440; 306:1223, 1615 y 2101, considerando 12 y sus citas; 310:2049, 2184 y 2845; 312:251 y 466; 313:542; 316:679 y 2695; 317:499 y 1108; 319:1675, 2151 y 2215; 320:1878; 321:1419; 322:1142; 324:2334, entre otros).

19) Que lo hasta aquí expuesto resulta aplicable con mayor razón a las cuestiones de competencia que se den en acciones de amparo como la presente, máxime si se repara en que no se encuentran incluidas dentro de las previsiones del artículo 15 de la ley 24.463 por no tratarse de demandas de conocimiento pleno.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal: a) se declara que, con arreglo a lo establecido en el artículo 15 de la ley 24.463, la presente acción de amparo deberá tramitar ante la Cámara Federal de Tucumán; b) se declara la inconstitucionalidad del artículo 18 de la ley 24.463 en los términos señalados y se establece que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces federales con asiento en las provincias, que con el alcance establecido en el considerando 18, serán de competencia de las cámaras federales que sean tribunal de alzada, en causas que no sean de naturaleza penal, de los juzgados de distritos competentes. Hágase saber a la Cámara Federal de la Seguridad Social y a todas las Cámaras Federales con asiento en las provincias.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que concuerdo con la relación de antecedentes efectuada en los considerandos 1° a 4° del voto que encabeza este pronunciamiento, a los que remito por razones de brevedad.

También concuerdo con el fundado examen teleológico de la ley 24.463 que lleva a cabo dicho voto, así como la apropiada ponderación que realiza de las consecuencias originadas por la aplicación de dicho ordenamiento y el modo directo e inmediato en esta situación compromete las garantías constitucionales de los justiciables, razón por la cual doy por reproducidos los considerandos 7° a 17 del voto mencionado.

2°) Que esta Corte tiene el deber institucional de adoptar las medidas razonables y apropiadas para preservar la validez constitucional de los procesos, futuros y en trámite, en que la aplicación de la regla establecida por el artículo 18 de la ley mencionada dé lugar a la violación de las garantías constitucionales en juego, además de incurrir en una grave afectación de uno de los pilares fundamentales de la administración de justicia en un Estado democrático.

Se trata, pues, de enfrentar con la rapidez que exige la naturaleza de los intereses comprometidos una situación que dista de ser novedosa en la doctrina de los precedentes de esta Corte, que ante casos que guardan analogía con el presente ha debido tomar decisiones con la mayor celeridad para evitar situaciones frustratorias de garantías constitucionales o de atolladero institucional en la administración de justicia (acordadas 15/87, 6/89, 45/96, 75/96, y 34/2002, y sus citas; acordada 23/2005).

3°) Que en el tradicional precedente de Fallos: 246: 87, de 1960 (“Cavura de Vlasov”), esta Corte hizo un señalamiento detallado del modo en que, sobre la base de su condición de titular del Poder Judicial de la Nación reconocida en la Constitución Nacional y aún sin un texto infraconstitucional expreso, hubo intervenido –desde 1928, Fallos: 153:55– para establecer el tribunal competente ante situaciones de manifiesta denegación de justicia que ofendían la garantía superior de defensa

en juicio. Recordó el Tribunal en aquel fallo que sobre la base de la experiencia de esos antecedentes, el Congreso de la Nación sancionó la ley 13.998 poniendo explícitamente en cabeza de esta Corte la obligación de conocer para definir el juez competente en los casos en que su intervención fuere indispensable para evitar una efectiva privación de justicia (artículo 24, inc. 8°), texto que pasó a integrar la ley orgánica vigente desde 1958 (artículo 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, ley 14.467). En la clásica obra “Jurisdicción Federal”, Jorge Gondra explicaba en 1944 que esta Corte ya intervenía para definir el juez que debía entender en un juicio ante casos excepcionales para evitar la efectiva denegación de justicia que de otro modo se produciría (pág. 430).

4°) Que en las condiciones expresadas, corresponde nuevamente poner en ejercicio la atribución de que se trata, en el recto sentido que se propone en este acuerdo, de que en los recursos de apelación deducidos en las causas radicadas ante los juzgados federales con asiento en las provincias dejará de intervenir la Cámara Federal de la Seguridad Social, conociendo de esos asuntos las cámaras federales con asiento en las provincias que, para casos que no sean de naturaleza penal, sean respectivamente el tribunal de alzada de los juzgados de distrito intervinientes.

5°) Que con arreglo a lo decidido en la acordada 80/93, este desplazamiento de la competencia será de aplicación inmediata, alcanzando inclusive a todos los asuntos radicados ante la Cámara Federal de la Seguridad Social o con recurso de apelación ya concedido, con excepción de aquellos en los que se hubiesen dictado actos típicamente jurisdiccionales antes del 30 de abril de 2014.

La fijación de esta línea divisoria en los términos señalados ha tenido debidamente en consideración la especial prudencia que debía guiar decisiones de esta especie, en la medida en que a diferencia de las situaciones examinadas por el Tribunal en los casos “Télez” e “Itzcovich” (Fallos: 308:552; y 328:566, respectivamente), la nueva radicación de las causas ante las cámaras federales no priva de validez alguna a los actos procesales cumplidos, que mantienen incólume su validez y eficacia (Fallos: 114:89; 233:62; 256:440; 306:1223, 1615 y 2101 considerando 12 y sus citas; 310:2049, 2184 y 2845; 312:251 y 466; 313:542; 316:679 y 2695; 317:499 y 1108; 319:1675, 2151 y 2215; 320:1878; 321:1419; 322:1142; 324:2334, entre otros).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal: a) se declara que, con arreglo a lo establecido en el artículo 15 de la ley 24.463, la presente acción de amparo deberá tramitar ante la Cámara Federal de Tucumán; b) se declara con sustento en lo dispuesto en el artículo 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, que hasta nueva disposición del Tribunal, la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces federales con asiento en las provincias, que con el alcance establecido en el considerando 5° serán de competencia de las cámaras federales que sean tribunal de alzada, en causas que no sean de naturaleza penal, de los juzgados de distritos competentes. Hágase saber a la Cámara Federal de la Seguridad Social y a todas las Cámaras Federales con asiento en las provincias.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

LUNA, JAVIER ALEJANDRO S/ CAUSA N° 11.919

CALIFICACION DEL DELITO

Corresponde desestimar el recurso contra la sentencia que modificó la calificación legal del hecho por el que oportunamente se condenó al imputado como partícipe secundario del delito de robo agravado por la de autor del delito de encubrimiento si no se alcanza a vislumbrar ni demostrar cuáles fueron las defensas y medios de prueba que le impidió ejercer la adecuación del hecho a la nueva figura penal que el a quo consideró aplicable y en razón de la cual, incluso, impuso una pena más benévola, por lo que el recurso extraordinario carece de la debida fundamentación que exige el art. 15 de la ley 48.

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

-Los jueces Petracchi y Maqueda, en voto aparte, consideraron que el recurso extraordinario era inadmisibles (art. 280 CPCCN)-.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Si no hubo una acusación alternativa válidamente formulada y, ni en el requerimiento fiscal de elevación a juicio ni en la acusación al final del debate se le atribuyó al imputado la conducta de recibir una cosa proveniente de un delito en el que no hubiese participado (sino que se le adjudicó haber participado en la sustracción de esa cosa), el pronunciamiento excedió el marco del principio *iura novit curia* e incurrió en una violación del principio de congruencia al no haberse ajustado al contenido de la imputación respecto del cual el encartado había ejercido su derecho a ser oído, por lo que la decisión recurrida resulta violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional al haberse condenado al imputado por un hecho distinto del que fue motivo de juzgamiento (Disidencia del juez E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, por mayoría, modificó la calificación legal del hecho por el que oportunamente se lo condenó a Javier Alejandro L. -partícipe secundario del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública- por la de autor del delito de encubrimiento (art. 277, inciso c, del Código Penal), imponiéndole la pena de un año y ocho meses de prisión cuya ejecución dejó en suspenso (fs. 2/10).

Contra ese pronunciamiento, la defensora oficial interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria por las razones que lucen a fojas 30, dio lugar a la articulación de esta queja.

- II -

En la apelación federal la recurrente tacha de arbitraria la decisión impugnada, pues considera que la modificación del encuadre legal del hecho implicó, a su entender, una alteración del objeto procesal que en ningún momento fue objeto de debate, incurriéndose en una clara afectación de los principios de congruencia y en detrimento del derecho de defensa (fs. 12/27).

Refiere en este contexto, que lejos de brindarse alguna respuesta a su planteo tendiente a demostrar la insuficiencia de pruebas que pudieran acreditar algún grado de participación de su asistido en la sustracción del vehículo secuestrado en su domicilio, se convalidó la decisión del tribunal oral con argumentos dogmáticos al apartarse de las constancias de la causa, por lo que solicita su descalificación como acto jurisdiccional.

Concluye que con aquella modificación resuelta por el *a quo*, se la privó de la oportunidad de rebatir la imputación en orden a tal delito, toda vez que L. fue procesado y enjuiciado por otro distinto.

- III -

Tiene dicho V.E. que cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva adopten los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de imputación y debate durante el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (Fallos: 315:2969; 319:2959, votos de los doctores Petracchi y Bossert; 321:469; 324:2133, voto del doctor Petracchi).

En este mismo orden de ideas, resulta importante destacar el criterio que emerge del segundo de dichos precedentes con base en la doctrina sentada en Fallos: 242:234, en cuanto a que el cambio de calificación por el tribunal en tales supuestos será conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole “formular sus descargos”.

Entiendo que esta última circunstancia no se configura en el *sub judice*, pues tal como lo señaló el vocal preopinante, ya en su indagatoria el encausado fue debidamente impuesto que, alternativamente a la sustracción del vehículo en cuestión, se le imputaba el haberlo “...recibido o adquirido, con conocimiento de que el mismo provenía de un delito y con ánimo de lucro...” (ver fojas 6, voto de la doctora Liliana E. Catucci).

Repárese que el relato de los antecedentes del caso en la propia apelación federal permite advertir que, más allá de las críticas contra las razones invocadas por el tribunal oral para atribuirle a L su participación en el robo, la defensora oficial de la instancia, al recurrir la condena, también descartó la posibilidad de reprocharle aquella conducta al señalar expresamente que ninguno de los testimonios que invocó a tal efecto, autorizaban a aseverar que su asistido podía conocer el

origen ilícito del rodado y, mucho menos, que hubiera ofrecido su casa para preservar el producto del delito (fs. 15/15 vta.).

Por tal motivo, no se alcanza a vislumbrar y, menos aún, la recurrente llega a demostrar, cuáles fueron las defensas y medios de prueba que le impidió ejercer la adecuación del hecho a la nueva figura penal que el *a quo* consideró aplicable y en razón de la cual, incluso, impuso una pena más benévola. En otras palabras, lo expuesto impide comprender en qué consistió la variación que, a juicio de la quejosa, habría perjudicado la situación del imputado, a pesar de que esta última circunstancia es la que importa y decide la cuestión (conf. Fallos: 242:227 y 456; 310:2094).

En tales condiciones, el recurso extraordinario carece de la debida fundamentación que exige el artículo 15 de la ley 48 al no alcanzar a demostrar, en las circunstancias concretas del *sub lite*, la vulneración de la garantía constitucional invocada. De esa forma, el planteo que allí se realiza, sólo se dirige a cuestionar aspectos de hecho, prueba y derecho común cuyo conocimiento, por regla, resulta ajeno a esta instancia excepcional, y que al ser resueltos con suficientes fundamentos de igual naturaleza descartan la tacha de arbitrariedad alegada.

- IV -

En consecuencia, opino que V.E. debe desestimar la presente queja. Buenos Aires, 30 de mayo de 2011. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho interpuesto por la Defensora Oficial de Javier Alejandro Luna en la causa Luna, Javier Alejandro s/ causa n° 11.919”, para decidir sobre su procedencia.

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, se desestima la queja, Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y, archívese, previa devolución de los autos principales.

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

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO
PETRACCHI Y DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el recurso extraordinario cuya denegación motivó la presente queja es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y, archívese, previa devolución de los autos principales.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 11 de la Capital Federal condenó a Javier Alejandro Luna a la pena de dos años de prisión por

considerarlo partícipe secundario del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública (art. 167 —inciso 4°— en función del art. 163 —inciso 6°— del Código Penal). Luego, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar al recurso homónimo deducido por la defensa y casó la sentencia, recalificando el hecho como constitutivo del delito de encubrimiento (art. 277 —inciso c— del Código Penal) e imponiendo la pena de un año y ocho meses de prisión. Contra esta decisión se interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio origen a esta queja.

2°) Que en cuanto a la cuestión planteada por la Defensora Oficial en el recurso extraordinario cabe remitirse, en razón de brevedad, a lo expuesto por el señor Procurador Fiscal en el punto II del dictamen que antecede. En síntesis, el agravio radica en que la modificación legal del encuadre del hecho implicó una alteración del objeto procesal toda vez que tanto en el requerimiento de elevación a juicio como en la acusación al final de debate solo se le atribuyó al imputado la sustracción del automóvil que doce horas después fue hallado en su domicilio.

3°) Que el recurso extraordinario resulta procedente toda vez que se encuentra en juego la aplicación del principio de congruencia, como derivación del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) y la resolución ha sido contraria al derecho que el apelante funda en esa regla (art. 14 de la ley 48).

4°) Que es criterio de la Corte en cuanto al principio de congruencia que, cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (conf. Fallos: 329:4634).

5°) Que esta correlación no ha sido respetada en la sentencia recurrida, dado que la modificación de la subsunción típica efectuada por el a quo implicó una alteración de la imputación fáctica al haberse sustituido el tipo de robo (que reprime el apoderamiento ilegítimo de cosa ajena) por un supuesto de hecho diferente como el del encubrimiento (que implica un acto posterior a aquél, porque presupone un delito ejecutado por otro).

6°) Que, en consecuencia, toda vez que no hubo una acusación alternativa válidamente formulada y, ni en el requerimiento fiscal de elevación a juicio ni en la acusación al final del debate se le atribuyó al imputado la conducta de recibir una cosa proveniente de un delito en el que no hubiese participado (sino que se le adjudicó haber participado en la sustracción de esa cosa), el pronunciamiento del a quo excedió el marco del principio *iura novit curia* e incurrió en una violación del principio de congruencia al no haberse ajustado al contenido de la imputación respecto del cual el encartado había ejercido su derecho a ser oído. En tales condiciones, la decisión recurrida resulta violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional al haberse condenado al imputado por un hecho distinto del que fue motivo de juzgamiento.

Por ello y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Notifíquese, agréguese la queja y vuelvan los autos al tribunal de origen para que se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo expuesto.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por Javier Alejandro Luna, representado por la Dra. Laura Beatriz Pollastri, Defensora Pública Oficial ante la Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunal de origen: Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal n° 11.**

MALMA TRADING S.R.L. c/ ESTADO NACIONAL M° DE
ECON. Y OBR. Y SERV. PUBL. s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

IMPORTACION

Cabe hacer lugar a la demanda promovida contra el Estado Nacional con el objeto de que se indemnicen a la actora los daños y perjuicios derivados de la decisión de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas, en lo que respecta al “anticipo a cuenta no recuperado”, en tanto se trata de un daño sufrido específicamente por la importadora, sin que exista el deber jurídico de su parte

de soportarlo, razón por la cual y sin necesidad de recurrir a principios legales que rigen otros contratos administrativos, cabe reconocerle el derecho a ser indemnizada en la medida que el perjuicio ha provenido de la ejecución de la resolución cuestionada y reúne la condición de especialidad, debiendo desestimársela en relación al daño emergente -inversiones de publicidad e infraestructura-, riesgos propios del giro comercial, dado que respecto a ellos como del pretendido lucro cesante no se encuentra acreditada tal condición de especialidad.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Cabe declarar desierto el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia que rechazó la demanda promovida contra el Estado Nacional con el objeto de que se indemnicen a la actora los daños y perjuicios derivados de la decisión de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas, en lo concerniente a la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, pues la actora no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el a quo para descartar la configuración de un supuesto de dicha responsabilidad.

IMPORTACION

Cabe declarar desierto el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia que rechazó la demanda promovida contra el Estado Nacional con el objeto de que se indemnicen a la actora los daños y perjuicios derivados de la decisión de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas, pues las expresiones del recurrente constituyen meras discrepancias dogmáticas con lo resuelto por el a quo y, por lo tanto, resultan insuficientes para fundar adecuadamente el remedio intentado (Disidencia parcial del juez Enrique S. Petracchi).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional —Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1º) Que la actora —Malma Trading S.R.L. (en adelante “Malma”)— promovió demanda contra el Estado Nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos) con el objeto de que se le indemnizaran los daños y perjuicios derivados de la decisión “ilegítima” de este último de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. De manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima.

2º) Que según surge de las constancias de la causa, el 16/06/92, bajo el amparo de la Resolución nº 6 de la ex Secretaría de Comercio Interior, Malma celebró un contrato de compraventa de 6.000 ciclomotores usados con la firma japonesa Sanko Industries Co. Ltd. (ver fs. 13 y ss. del expediente administrativo 622.358/92). En este marco entregó U\$S 42.000 como anticipo, dinero que iba a ser imputado al último embarque (fs. 11 del expediente administrativo 603129/93 agregado).

El 25/06/92 se efectuó el primer embarque de 1.144 ciclomotores lo que generó un pago de U\$S 80.000 por parte de la actora (ver recibo de pago a fs. 6 del expediente administrativo 603.374/74 agregado y también fs. 28 del expediente administrativo 603.129/93 agregado).

Posteriormente, el Ministerio de Economía dictó la resolución 790/92 mediante la cual prohibió la importación de motos o ciclomotores usados. Por su parte, el 12/08/92 dicho ministerio emitió la resolución 956/92 a través de la cual estableció excepciones a dicha prohibición.

En este marco, la empresa actora solicitó se la tuviera contemplada entre las excepciones establecidas. Alegó que, ante la demora de la Administración en contestar la presentación efectuada en ese sentido, pidió se la autorizara a importar, al menos, 2.800 ciclomotores.

La petición de acogimiento a la excepción fue rechazada mediante la resolución 99/93 de la Secretaría de Comercio Interior, la que, a su vez, fue confirmada por resolución 293/96 del Ministerio de Economía (fs. 112/113 del expediente administrativo citado), circunstancia que motivó la interposición de la demanda de autos.

3º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda (fs. 572/579).

4º) Que contra dicho pronunciamiento, la actora dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 590/590 vta.) que fue concedido a fs. 592 y que resulta formalmente admisible, toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva en un pleito en que el Estado Nacional es parte y el valor disputado en último término supera el mínimo establecido por el art. 24, inciso 6º, apartado (a) del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91 de esta Corte.

5º) Que al presentar el memorial previsto en el segundo párrafo del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación la recurrente manifiesta: (a) en lo que concierne a la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, que el tribunal a quo no analizó concreta y correctamente los argumentos que fundan los vicios del acto administrativo y la violación al principio de igualdad, en especial la “circunstancia demostrada de que la Administración omitió expedirse sobre el pedido subsidiario efectuado con fecha 17/09/93, de importar 2800 motocicletas” (fs. 603 vta./604) y la falta de dictamen jurídico previo respecto de esta cuestión (fs. 605 vta. y ss.); (b) respecto de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito, que la cámara no consideró las pruebas aportadas a la causa, circunstancia que, a su juicio, demostraba que la actora había sufrido un perjuicio de carácter especial y que no tenía el deber jurídico de soportar el daño (fs. 614 vta./615 y ss.).

6º) Que con respecto al agravio señalado en el punto (a), la alzada estableció que la recurrente no había probado en debida forma que las resoluciones administrativas cuestionadas constituyeran actos ilícitos.

Al respecto, manifestó que de “las actuaciones administrativas acompañadas a la causa surge que el acto en cuestión no fue dictado en forma ilegítima, arbitraria o irrazonable (...) [A]sí el Secretario de Comercio e Inversiones fundó la resolución 99/93 en que la cantidad de motocicletas y velocípedos que se pretendían importar implicaba una distorsión a la prohibición que se había dispuesto por la resolución MEyOSP 790/92, en cuyos considerandos indicó expresamente que las

reglas que tendían a la apertura económica debían reunir las condiciones necesarias para evitar que se avasallara injustamente a los fabricantes locales” (fs. 577).

Sobre la base de estos argumentos, el a quo concluyó que no se advertía la ausencia de los elementos del acto administrativo como lo indicaba la recurrente. En el mismo sentido, consideró que no existía un vicio en el objeto del acto ni en el procedimiento.

Con relación a la violación del principio de igualdad —en tanto, según alegó la actora, la Administración habría autorizado importaciones a las empresas “Navarro Torres, José” y “Ramonda Vehículos S.A.”—, la cámara manifestó que Malma no ha-bía probado que se encontrara en igualdad de condiciones que las importadoras aludidas, por lo que no se advertía una lesión al principio de igualdad de trato, entendida según la jurisprudencia de la Corte, como la igualdad en igualdad de condiciones (fs. 577 vta.).

7º) Que en su memorial de agravios ante este Tribunal (fs. 598/621 vta.) la actora no formula —como es imprescindible— una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el a quo para descartar la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo, circunstancia que conduce a declarar la deserción del recurso en este aspecto (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Fallos: 310:2914; 311:1989 y 312:1819, entre otros).

En efecto, las razones desarrolladas en dicho memorial no son suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho expresados anteriormente y que fueron dados por la cámara para llegar a la decisión impugnada (Fallos: 304:1444; 308:818 y 317:1365).

8º) Que tales defectos de fundamentación se advierten en tanto los argumentos recursivos solo constituyen una mera reedición de las objeciones ya formuladas en las instancias anteriores o, en el mejor de los casos, simples discrepancias con el criterio del a quo, pero distan de contener una crítica puntual de los fundamentos que informan la sentencia.

En este sentido, cabe señalar que la recurrente se limitó a afirmar que la cámara había omitido “analizar concreta y correctamente los

fundamentos expuestos (...) al plantear los vicios que obstaban a la validez del acto dictado por la autoridad administrativa”. En especial, argumentó que el a quo trató incorrectamente el agravio referido a que la Administración había omitido expedirse sobre el pedido subsidiario efectuado —con fecha 17/09/93— de importar 2.800 ciclomotores, lo que, a su juicio, importaría la demostración de la violación del principio de igualdad.

Tal como se señaló anteriormente, la cámara dio fundamentos para concluir que el acto administrativo cuestionado no contenía vicios en sus elementos esenciales. Asimismo, estableció que del expediente administrativo 622.358/92 no surgía que la actora hubiera efectuado una nueva petición por menos unidades; manifestó que, al interponer el recurso de reconsideración, Malma se había referido expresamente a la circunstancia de haber solicitado, como segunda opción, la importación de “2.800 unidades”. En este marco el a quo estableció que “aún si se tuviera por válida esa manifestación, cabe reparar en que esa solicitud excedía en cuatrocientos (400) unidades a las concedidas” a las otras empresas, por lo que, concluyó, no se advertía una violación del principio de igualdad.

Finalmente, agregó que no surgía del expediente administrativo la falta de dictamen e informes técnicos a los que se refirió Malma en su recurso (fs. 577).

De aquí se sigue que pueda afirmarse que, a diferencia de lo manifestado por la recurrente, la cámara dio fundamentos para rechazar la condena pretendida en este aspecto, de los cuales la actora debió agravarse concretamente y no lo hizo.

9º) Que distinto temperamento corresponde adoptar con relación al agravio (b) del recurso ordinario: la responsabilidad del Estado por su accionar lícito.

Al respecto, la cámara estableció que la actora no había acreditado —a la hora de fundar la responsabilidad del Estado por su actividad lícita— la ausencia del deber jurídico de soportar el daño que alega, ni la existencia de un perjuicio individualizado del que hubiesen estado eximidas las restantes empresas importadoras que operaban al momento de dictarse la resolución MEyOSP 790/92 (fs. 578 vta.).

10) Que esta Corte tiene dicho que la admisión de la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva, de conformidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia de nexo causal suficiente entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios –de cualquier orden- que experimentasen los particulares, para suscitar la obligación de indemnizarlos (Fallos: 317:1233; 330: 2464).

En este sentido, es necesario recordar que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales –vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales-, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2626 y 317:1233, entre otros).

11) Que en el desarrollo de esta doctrina este Tribunal se refirió a la singularidad del perjuicio al expresar que “es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular para conseguir –a través de él- finalidades de interés general o colectivo” (Fallos: 312:2266; 316:397). También expresó que la actividad del Estado debe haber producido una lesión a una situación jurídicamente protegida (Fallos: 318:1531).

12) Que, a partir de lo expuesto, la pretensión de ser indemnizada con fundamento en la mencionada doctrina requiere que la apelante demuestre que los daños que alega haber sufrido constituyen un sacrificio desigual, que excede las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita desarrollada.

En este caso, de la expresión de agravios surge que la recurrente solo ha acreditado la condición de especialidad respecto del rubro “anticipo a cuenta no recuperado” (U\$S 42.000). En efecto, de las

constancias de la causa se desprende que la empresa Malma Trading pagó un 10% del valor integral del contrato a cuenta del precio total y como principio de ejecución (ver fs. 11 del expediente administrativo n° 603.129/93-000, agregado a fs. 124 del expediente administrativo n° 622.358/92 y fs. 324 respuesta n° 4 de autos), que no fue por ella recuperado, en la medida en que el contrato no pudo terminar de ejecutarse.

Este “anticipo a cuenta no recuperado” reúne las condiciones de especialidad necesarias, en tanto se trata de un daño sufrido específicamente por esta importadora, sin que exista el deber jurídico de su parte de soportarlo, razón por la cual y sin necesidad de recurrir a principios legales que rigen otros contratos administrativos, cabe reconocer el derecho de la demandante a ser indemnizada en la medida que el perjuicio ha provenido de la ejecución de la resolución cuestionada y reúne las condiciones señaladas.

En consecuencia, corresponde hacer lugar a la demanda por la cantidad de pesos equivalentes a U\$S 42.000 según la cotización correspondiente al día del efectivo pago; importe que deberá ser abonado en los términos del régimen de consolidación.

13) Que, por el contrario, el resto de los perjuicios que la recurrente manifiesta haber sufrido en concepto de daño emergente (inversiones en publicidad, inversiones en infraestructura) constituyen riesgos propios del giro comercial, circunstancia frente a la cual cobra mayor virtualidad aquel principio según el cual en nuestro ordenamiento jurídico no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentaciones ni a su inalterabilidad (Fallos: 267:247; 268:228; 291:359; 300:61; 308:1361, entre muchos otros). De aquí se sigue que pueda afirmarse que tanto respecto de estos rubros como del pretendido lucro cesante no se encuentra acreditada la condición de especialidad en los términos de la doctrina anteriormente señalada.

14) Que la jueza Highton de Nolasco expresa que, conforme a los fundamentos desarrollados en su voto en la causa “El Jacarandá” (Fallos: 328:2654), corresponde rechazar la pretensión de que se repare el lucro cesante; y a mayor abundamiento agrega que, en el caso, tal pretensión igualmente debe ser desestimada por no haberse demostrado la condición de especialidad mencionada en el considerando anterior.

Por ello se resuelve: 1) declarar desierto el recurso ordinario de apelación interpuesto con relación al agravio individualizado con la letra (a); 2) declarar parcialmente procedente el recurso ordinario interpuesto con respecto al agravio individualizado con la letra (b) y hacer lugar a la demanda en los términos señalados en el considerando 12. En atención al modo en que se decide, las costas se imponen en un 80% a la actora y en el 20% restante al demandado (art. 71 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 (*en disidencia parcial*)— JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que la actora —Malma Trading S.R.L. (en adelante “Malma”)— promovió demanda contra el Estado Nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos) con el objeto de que se le indemnizaran los daños y perjuicios derivados de la decisión “ilegítima” de este último de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. De manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima.

2º) Que según surge de las constancias de la causa, el 16/06/92, bajo el amparo de la Resolución nº 6 de la ex Secretaría de Comercio Interior, Malma celebró un contrato de compraventa de 6.000 ciclomotores usados con la firma japonesa Sanko Industries Co. Ltd. (ver fs. 13 y ss. del expediente administrativo 622.358/92). En este marco entregó U\$S 42.000 como anticipo, dinero que iba a ser imputado al último embarque (fs. 11 del expediente administrativo 603.129/93 agregado).

El 25/06/92 se efectuó el primer embarque de 1.144 ciclomotores lo que generó un pago de U\$S 80.000 por parte de la actora (ver recibo de pago a fs. 6 del expediente administrativo 603.374/74 agregado y también fs. 28 del expediente administrativo 603.129/93 agregado).

Posteriormente, el Ministerio de Economía dictó la resolución 790/92 mediante la cual prohibió la importación de motos o ciclomotores usados. Por su parte, el 12/08/92 dicho ministerio emitió la resolución 956/92 a través de la cual estableció excepciones a dicha prohibición.

En este marco, la empresa actora solicitó se la tuviera contemplada entre las excepciones establecidas. Alegó que, ante la demora de la Administración en contestar la presentación efectuada en ese sentido, pidió se la autorizara a importar, al menos, 2.800 ciclomotores.

La petición de acogimiento a la excepción fue rechazada mediante la resolución 99/93 de la Secretaría de Comercio Interior, la que, a su vez, fue confirmada por resolución 293/96 del Ministerio de Economía (fs. 112/113 del expediente administrativo citado), circunstancia que motivó la interposición de la demanda de autos.

3º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda (fs. 572/579).

4º) Que contra dicho pronunciamiento, la actora dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 590/590 vta.) que fue concedido a fs. 592 y que resulta formalmente admisible, toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva en un pleito en que el Estado Nacional es parte y el valor disputado en último término supera el mínimo establecido por el art. 24, inciso 6º, apartado (a) del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91 de esta Corte.

5º) Que al presentar el memorial previsto en el segundo párrafo del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación la recurrente manifiesta: (a) en lo que concierne a la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, que el tribunal a quo no analizó concreta y correctamente los argumentos que fundan los vicios del acto administrativo y la violación al principio de igualdad, en especial la “circunstancia demostrada de que la Administración omitió expedirse sobre el pedido subsidiario efectuado con fecha 17/09/93, de importar 2800 motocicletas” (fs. 603 vta./604) y la falta de dictamen jurídico previo respecto de esta cuestión (fs. 605 vta. y ss); (b) respecto de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito, que la cámara no consideró las pruebas aportadas a la causa, circunstancia que, a su juicio, demos-

traba que la actora había sufrido un perjuicio de carácter especial y que no tenía el deber jurídico de soportar el daño (fs. 614 vta./615 y ss).

6º) Que con respecto al agravio señalado en el punto (a), la alzada estableció que la recurrente no había probado en debida forma que las resoluciones administrativas cuestionadas constituyeran actos ilícitos.

Al respecto, manifestó que de “las actuaciones administrativas acompañadas a la causa surge que el acto en cuestión no fue dictado en forma ilegítima, arbitraria o irrazonable (...) [A]sí el Secretario de Comercio e Inversiones fundó la resolución 99/93 en que la cantidad de motocicletas y velocípedos que se pretendían importar implicaba una distorsión a la prohibición que se había dispuesto por la resolución MEyOSP 790/92, en cuyos considerandos indicó expresamente que las reglas que tendían a la apertura económica debían reunir las condiciones necesarias para evitar que se avasallara injustamente a los fabricantes locales” (fs. 577).

Sobre la base de estos argumentos, el a quo concluyó que no se advertía la ausencia de los elementos del acto administrativo como lo indicaba la recurrente. En el mismo sentido, consideró que no existía un vicio en el objeto del acto ni en el procedimiento.

Con relación a la violación del principio de igualdad —en tanto, según alegó la actora, la Administración habría autorizado importaciones a las empresas “Navarro Torres, José” y “Ramonda Vehículos S.A.”—, la cámara manifestó que Malma no había probado que se encontrara en igualdad de condiciones que las importadoras aludidas, por lo que no se advertía una lesión al principio de igualdad de trato, entendida según la jurisprudencia de la Corte, como la igualdad en igualdad de condiciones (fs. 577 vta.).

7º) Que en su memorial de agravios ante este Tribunal (fs. 598/621 vta.) la actora no formula —como es imprescindible— una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el a quo para descartar la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo, circunstancia que conduce a declarar la deserción del recurso en este aspecto (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Fallos: 310:2914; 311:1989 y 312:1819, entre otros).

En efecto, las razones desarrolladas en dicho memorial no son suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho expresados anteriormente y que fueron dados por la cámara para llegar a la decisión impugnada (Fallos: 304:1444; 308:818 y 317:1365).

8º) Que tales defectos de fundamentación se advierten en tanto los argumentos recursivos solo constituyen una mera reedición de las objeciones ya formuladas en las instancias anteriores o, en el mejor de los casos, simples discrepancias con el criterio del a quo, pero distan de contener una crítica puntual de los fundamentos que informan la sentencia.

En este sentido, cabe señalar que la recurrente se limitó a afirmar que la cámara había omitido “analizar concreta y correctamente los fundamentos expuestos (...) al plantear los vicios que obstaban a la validez del acto dictado por la autoridad administrativa”. En especial, argumentó que el a quo trató incorrectamente el agravio referido a que la Administración había omitido expedirse sobre el pedido subsidiario efectuado — con fecha 17/09/93— de importar 2.800 ciclomotores, lo que, a su juicio, importaría la demostración de la violación del principio de igualdad.

Tal como se señaló anteriormente, la cámara dio fundamentos para concluir que el acto administrativo cuestionado no contenía vicios en sus elementos esenciales. Asimismo, estableció que del expediente administrativo 622.358/92 no surgía que la actora hubiera efectuado una nueva petición por menos unidades; manifestó que, al interponer el recurso de reconsideración, Malma se había referido expresamente a la circunstancia de haber solicitado, como segunda opción, la importación de “2.800 unidades”. En este marco el a quo estableció que “aún si se tuviera por válida esa manifestación, cabe reparar en que esa solicitud excedía en cuatrocientos (400) unidades a las concedidas” a las otras empresas, por lo que, concluyó, no se advertía una violación del principio de igualdad.

Finalmente, agregó que no surgía del expediente administrativo la falta de dictamen e informes técnicos a los que se refirió Malma en su recurso (fs. 577).

De aquí se sigue que pueda afirmarse que, a diferencia de lo manifestado por la recurrente, la cámara dio fundamentos para rechazar la condena pretendida en este aspecto, de los cuales la actora debió agravarse concretamente y no lo hizo.

9º) Que distinto temperamento corresponde adoptar con relación al agravio (b) del recurso ordinario: la responsabilidad del Estado por su accionar lícito.

Al respecto, la cámara estableció que la actora no había acreditado —a la hora de fundar la responsabilidad del Estado por su actividad lícita— la ausencia del deber jurídico de soportar el daño que alega, ni la existencia de un perjuicio individualizado del que hubiesen estado eximidas las restantes empresas importadoras que operaban al momento de dictarse la resolución MEyOSP 790/92 (fs. 578 vta.).

10) Que esta Corte tiene dicho que la admisión de la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad, de conformidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia de nexos causales suficientes entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios —de cualquier orden— que experimentasen los particulares, para suscitar la obligación de indemnizarlos (Fallos: 317:1233; 330:2464).

En este sentido, es necesario recordar que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2626 y 317:1233, entre otros).

11) Que en el desarrollo de esta doctrina este Tribunal se refirió a la singularidad del perjuicio al expresar que “es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular para conseguir —a través de él— finalidades de interés general o colectivo” (Fallos: 312:2266; 316:397). También expresó que la actividad del Estado debe haber producido

una lesión a una situación jurídicamente protegida (Fallos: 318:1531).

12) Que, a partir de lo expuesto, la pretensión de ser indemnizada con fundamento en la mencionada doctrina requiere que la apelante demuestre que los daños que alega haber sufrido constituyen un sacrificio desigual, derivado de una consecuencia anormal del ejercicio de la actividad estatal lícita desarrollada.

En este caso, de la expresión de agravios surge que la recurrente solo ha acreditado la condición de especialidad respecto del rubro “anticipo a cuenta no recuperado” (U\$S 42.000). En efecto, de las constancias de la causa se desprende que la empresa Malma Trading pagó un 10% del valor integral del contrato a cuenta del precio total y como principio de ejecución (ver fs. 11 del expediente administrativo n° 603.129/93-000, agregado a fs. 124 del expediente administrativo n° 622.358/92 y fs. 324, respuesta n° 4 de autos), que no fue por ella recuperado, en la medida en que el contrato no pudo terminar de ejecutarse.

Este “anticipo a cuenta no recuperado” reúne las condiciones de especialidad necesarias, en tanto se trata de un daño sufrido específicamente por esta importadora, sin que exista el deber jurídico de su parte de soportarlo, razón por la cual y sin necesidad de recurrir a principios legales que rigen otros contratos administrativos, cabe reconocer el derecho de la demandante a ser indemnizada en la medida que el perjuicio ha provenido de la ejecución de la resolución cuestionada y reúne las condiciones señaladas.

En consecuencia, corresponde hacer lugar a la demanda por la cantidad de pesos equivalentes a U\$S 42.000 según la cotización correspondiente al día del efectivo pago; importe que deberá ser abonado en los términos del régimen de consolidación.

13) Que, por el contrario, frente a la excepcionalidad de este tipo de responsabilidad, el resto de los perjuicios que la recurrente manifiesta haber sufrido (inversiones en publicidad, inversiones en infraestructura) constituyen riesgos propios del giro comercial.

14) Que en el presente caso se presenta un supuesto específico de responsabilidad del Estado por actos lícitos, que obliga a ponderar dos principios. El primero es el tradicionalmente reconocido, tanto en

nuestro ordenamiento como en el derecho comparado, referido a que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentaciones ni a su inalterabilidad (Fallos: 267:247; 268:228; 291:359; 300:61; 308:1361 entre muchos otros). La razonabilidad del mismo es evidente porque, de lo contrario, el derecho no podría adaptarse a los cambios ni la gobernabilidad sería posible.

El segundo, implica que las decisiones, aún legítimas, deben tener un grado de generalidad suficiente como para no afectar intereses particulares con desigual reparto de las cargas públicas. El trato igualitario frente a los sacrificios que demanda la gobernabilidad, es una regla constitucionalmente admitida. A ello cabe agregar que, cuando se producen cambios abruptos que inciden sobre las transacciones comerciales en curso se afecta la seguridad jurídica. En este sentido, la gobernabilidad requiere de un mínimo de previsibilidad para que los ciudadanos actúen sobre la base de la confianza, disminuyendo los costos de las transacciones y beneficiando a los consumidores.

Por ello se resuelve: 1) declarar desierto el recurso ordinario de apelación interpuesto con relación al agravio individualizado con la letra (a); 2) declarar parcialmente procedente el recurso ordinario interpuesto con respecto al agravio individualizado con la letra (b) y hacer lugar a la demanda en los términos señalados en el considerando 12. En atención al modo en que se decide, las costas se imponen en un 80% a la actora y en el 20% restante al demandado (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE
SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que la actora —Malma Trading S.R.L. (en adelante “Malma”)— promovió demanda contra el Estado Nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos) con el objeto de que se le indemnizaran los daños y perjuicios derivados de la decisión “ilegítima” de este

último de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. De manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima.

2º) Que según surge de las constancias de la causa, el 16/06/92, bajo el amparo de la Resolución nº 6 de la ex Secretaría de Comercio Interior, Malma celebró un contrato de compraventa de 6.000 ciclomotores usados con la firma japonesa Sanko Industries Co. Ltd. (ver fs. 13 y ss. del expediente administrativo 622.358/92). En este marco entregó U\$S 42.000 como anticipo, dinero que iba a ser imputado al último embarque (fs. 11 del expediente administrativo 603.129/93 agregado).

El 25/06/92 se efectuó el primer embarque de 1.144 ciclomotores lo que generó un pago de U\$S 80.000 por parte de la actora (ver recibo de pago a fs. 6 del expediente administrativo 603.374/74 agregado y también fs. 28 del expediente administrativo 603.129/93 agregado).

Posteriormente, el Ministerio de Economía dictó la resolución 790/92 mediante la cual prohibió la importación de motos o ciclomotores usados. Por su parte, el 12/08/92 dicho ministerio emitió la resolución 956/92 a través de la cual estableció excepciones a dicha prohibición.

En este marco, la empresa actora solicitó se la tuviera contemplada entre las excepciones establecidas. Alegó que, ante la demora de la Administración en contestar la presentación efectuada en ese sentido, pidió se la autorizara a importar, al menos, 2.800 ciclomotores.

La petición de acogimiento a la excepción fue rechazada mediante la resolución 99/93 de la Secretaría de Comercio Interior, la que, a su vez, fue confirmada por resolución 293/96 del Ministerio de Economía (fs. 112/113 del expediente administrativo citado), circunstancia que motivó la interposición de la demanda de autos.

3º) Que, al revocar parcialmente la decisión de primera instancia, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó la demanda (fs. 572/579).

Contra ese pronunciamiento, Malma Trading S.R.L. dedujo recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 592. A fs. 614/621 la

recurrente presentó su memorial, que fue contestado por la demandada a fs. 624/640.

4°) Que la apelante se agravia porque entiende: (a) en lo que concierne a la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, que el tribunal a quo no analizó concreta y correctamente los argumentos que fundan los vicios del acto administrativo y la violación al principio de igualdad, en especial, la “circunstancia demostrada de que la Administración omitió expedirse sobre el pedido subsidiario efectuado con fecha 17/09/93, de importar 2.800 motocicletos” (fs. 603 vta./604) y la falta de dictamen jurídico previo respecto de esta cuestión (fs. 605 vta. y ss.); y (b) con relación a la responsabilidad del Estado por su obrar ilícito, que la cámara no consideró las pruebas obrantes en el expediente, las que —a su juicio— demostraban que la actora había sufrido un perjuicio de carácter especial y que no tenía el deber jurídico de soportar el daño (fs. 614 vta./615 y ss.).

5°) Que el recurso ordinario interpuesto por la actora resulta, en principio, formalmente admisible toda vez que fue deducido contra una sentencia definitiva en un pleito en que el Estado Nacional es parte, se discuten cuestiones que afectan en forma directa el patrimonio estatal, y el valor disputado en último término supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91 de esta Corte.

6°) Que no obstante la admisibilidad formal antes señalada, el recurso debe desestimarse pues la apelante no formula —como es imprescindible— una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el a quo, circunstancia que conduce a declarar la deserción de la apelación ordinaria (art. 280, ap. 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y Fallos: 310:2914; 311:1989; 312:1819; 313:396, entre otros).

Tal defecto de fundamentación se advierte en tanto los argumentos recursivos solo constituyen una reedición de las objeciones ya formuladas en las instancias anteriores o, en el mejor de los casos, simples discrepancias con el criterio del a quo, pero no contienen una crítica puntal de los fundamentos que informan la sentencia apelada.

7°) Que, en efecto, al fundar sus agravios contra lo decidido por la cámara con relación a la falta de configuración de un supuesto de

responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, la recurrente afirma que, al dictar la resolución SCI 99/93 —por la que se rechazó su petición de inclusión en la excepción contemplada en la resolución MEyOSP 956/92—, la administración omitió tratar expresamente el pedido subsidiario hecho por su parte para importar 2.800 motocicletas, en lugar de 4.800 como surgía del pedido original. Considera que lo expuesto determina la nulidad del mencionado acto, por vicios en la causa, en el objeto y en el procedimiento seguido para su dictado (arts. 7° y 14 del decreto-ley 19.549/72). Sostiene, asimismo, que al obrar del modo en que lo hizo la administración violó el principio de igualdad, en tanto otros importadores en idéntica condición a la de su mandante fueron autorizados a importar 2.400 motocicletas y, en consecuencia, beneficiados por el régimen excepcional aludido.

Ahora bien, tales argumentos no resultan suficientes para refutar los fundamentos centrales de la sentencia apelada en este aspecto. Ello es así, pues no tienen en cuenta que, para concluir que la resolución SCI 99/93 era legítima y —en consecuencia— que no se había demostrado en autos la “falta de servicio” necesaria para la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, la cámara consideró que: a) **del expediente administrativo 622.358/92 no surge que la actora haya efectuado una nueva petición por menos unidades, ni tampoco se ha acreditado tal circunstancia en el sub lite**, y que recién en el recurso de reconsideración Malma Trading S.R.L. hizo mención de esa solicitud, como segunda opción; y b) que “aún si se tuviera por válida esa manifestación,... esa solicitud excedía en cuatrocientos (400) unidades a las concedidas” a las otras empresas, lo que a su juicio descartaba la violación al principio de igualdad (fs. 577 vta.).

En cuanto al primer punto, la recurrente no se hace cargo de que el tratamiento expreso de su petición subsidiaria por parte de la autoridad de aplicación, presuponia la existencia de una presentación en ese sentido en el expediente administrativo, extremo que —tal como surge de lo expuesto precedentemente— la cámara consideró no acreditado (fs. 577 vta.).

Con relación al punto b), la apelante se limita a sostener que de haberse respetado “el criterio de dispersión de 3.000 unidades fijado por la Secretaría de Industria y Comercio y la Asociación de Fabricantes de Motovehículos que surge del informe técnico obrante a fs. 107”, su

petición subsidiaria debió haber sido admitida, pues ella no excedía la pauta allí establecida.

Sin embargo, la demandante no se hace cargo de lo concluido por el a quo en cuanto a que las medidas impugnadas fueron adoptadas en el ejercicio de “facultades discrecionales” y con fundamento en que la cantidad de motocicletos y velocípedos que se pretendían importar debían reunir las condiciones necesarias para evitar que se avasallara injustamente a los comerciantes locales (fs. 577 y 577 vta.), lo que equivale a decir —como lo afirma en su recurso— que cada importador tenía derecho a una cuota de 3.000 unidades.

9°) Que, por otra parte, Malma Trading S.R.L. tampoco realiza una crítica fundada de las razones dadas por el a quo para descartar la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar lícito.

Concretamente, omite hacerse cargo de que el nuevo régimen normativo por el que se dispuso que, a partir de cierta fecha, los motocicletos y velocípedos importados debían ser “nuevos”, contemplaba expresamente un régimen de excepciones para los casos —como el de la actora— en que existiesen contratos en curso de ejecución (resoluciones MEyOSP 790/92 y 956/92), al que su parte no pudo acceder en virtud de un acto cuya ilegitimidad tampoco pudo demostrar (resolución SCI 99/93). Cabe destacar que la recurrente tampoco impugnó la validez de ese régimen ni cuestionó el alcance de las excepciones allí establecidas.

Lo expuesto refuerza el argumento del a quo en el sentido de que en autos no se ha demostrado que las resoluciones MEyOSP 790/92 y 956/92 hayan generado a la apelante daños que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales—, signifiquen un verdadero sacrificio desigual, que el titular del derecho no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica.

Al respecto, cabe recordar que esta Corte tiene dicho que la admisión de la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad, de con-

formidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia de nexo causal suficiente entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios de cualquier orden que experimentasen los particulares, para suscitar la obligación de indemnizarlos (Fallos: 317:1233; 330:2464).

En tales condiciones, las expresiones de la recurrente constituyen meras discrepancias dogmáticas con lo resuelto por el a quo y, por lo tanto, resultan insuficientes para fundar adecuadamente el recurso presentado.

Por ello, se declara desierto el recurso ordinario concedido (art. 280, apartado 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Con costas. Notifíquese y devuélvanse los autos.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Recurso ordinario interpuesto por **Malma Trading S.R.L., parte actora en autos**, representada por el Dr. **Tomas H. F. Young**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional – Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, parte demandada en autos**, representada por la Dra. **María Elisa Turus**, con el patrocinio letrado de la Dra. **Anunciación Irene Marziano**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2, Secretaría n° 3**.

VELARDEZ, JULIO CESAR c/ JASNIS Y BASANO S.A. s/
ORDINARIO

EMBARGO

Cabe dejar sin efecto por arbitraria la sentencia que confirmó el embargo decretado sobre un inmueble de propiedad del actor -en la ejecución de honorarios regulados a favor del letrado de uno de los codemandados cuya demanda de verificación de créditos laborales fue rechazada- pues la decisión de excluir al bien de la tutela legal, en razón de que la condena en costas al actor se basó en la falta de prueba sobre la relación labo-

ral con uno de los codemandados, aparece desprovista de fundamento legal ya que introduce una hipótesis de inaplicabilidad de la norma que ésta no prevé lo cual violenta la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue.

CREDITO LABORAL

Atendiendo al criterio de interpretación de la ley y sin necesidad de hacer un mayor esfuerzo intelectual, con solo atenerse a la literalidad del art. 20 de la ley de contrato de trabajo -cuando determina que la vivienda del trabajador no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno-, es posible concluir que la intención del legislador ha sido resguardar la vivienda de cualquier intento de ejecución de honorarios o gastos causídicos que aquél deba soportar como consecuencia del rechazo total o parcial de las pretensiones reclamadas con base en el derecho laboral, siendo la expresión “en caso alguno” terminante y no deja resquicios por los que puedan introducirse excepciones al régimen protector.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Es procedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que confirmó el embargo decretado sobre un inmueble de propiedad del actor, en el marco de la ejecución de honorarios regulados a favor del letrado, pues si bien el fallo apelado ha sido dictado durante la etapa de ejecución, resulta equiparable a definitivo en la medida en que provoca al recurrente un agravio no susceptible de reparación ulterior, y además se configura un claro supuesto de arbitrariedad normativa que habilita la consideración de los agravios por la vía elegida, pues aunque las objeciones planteadas se vinculan con cuestiones de hecho, derecho común y procesal, ajenas -como regla y por su naturaleza- al remedio del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a ese principio y admitir la apelación en virtud de que la sentencia recurrida se aparta de la solución legal prevista para el caso mediante una exégesis irrazonable de la norma aplicable que la desvirtúa y la torna inoperante con serio menoscabo de garantías constitucionales.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial desestimó el recurso interpuesto por el actor contra la sentencia de la instancia anterior, que había rechazado la petición de levantar el embargo trabado sobre un inmueble de su propiedad, para satisfacer el pago de los honorarios del letrado del co-demandado Mario León Jasnís, en virtud de la condena en costas resuelta por sentencia firme de fojas 216/229 (fs. 376, 390, 414 y 461/462 del expediente principal que corre agregado, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario). Cabe aclarar que el actor fundó su solicitud en la aplicación al caso del artículo 20 de la Ley N° 20.744, en cuanto dispone que la vivienda del trabajador no puede ser afectada al pago de costas en caso alguno (v. fs. 390).

Para así decidir, el tribunal sostuvo que el beneficio de gratuidad previsto por el artículo 20 de la Ley N° 20.744, *“está destinado a no trabar por razones patrimoniales el acceso pleno a la jurisdicción e implica -desde una perspectiva protectoria- la imposibilidad de gravar el ejercicio de las acciones judiciales o de las peticiones administrativas; pero de ninguna manera puede interpretarse que impide la condena en costas o que desplaza las disposiciones de los arts. 68 y ccetes. del Código Procesal”* (cfse. fs. 461 vta.).

Además, consideró que, en el caso, tampoco se acreditó la existencia de relación laboral respecto del co-demandado, teniendo en cuenta que el rechazo de la pretensión vericatoria del crédito contra esa parte, dio lugar a la imposición de costas y regulación de honorarios que, finalmente, motivó la medida cautelar trabada.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, el actor dedujo recurso extraordinario, que fue desestimado (fs. 463/475 y 510/511), dando lugar a la presente queja (fs. 19/23, del cuaderno respectivo). En síntesis, alega que la sentencia es arbitraria, pues realiza una interpretación equivocada de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Contrato de Trabajo y omite la consideración de los planteos presentados oportunamente por su parte, que -afirma- resultan conducentes para la solución de la controversia.

En particular, argumenta que el tribunal para rechazar su petición, afirmó que el artículo 20 citado no lo exime del pago de las costas, cuando su parte no solicitó dicha dispensa, sino que se aplique la segunda parte de la disposición que prevé que la vivienda del trabajador no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno.

Manifiesta que siendo que su condición de trabajador no fue cuestionada, en tanto se verificó su crédito laboral contra la sociedad demandada, la inexistencia de relación laboral con el co-demandado no podía generar la inaplicabilidad del artículo 20 de la Ley N° 20.744. Expresa, asimismo, que de la sentencia de fojas 216/229 surge que el rechazo de la acción respecto de Mario León Jasnís, se fundó en la falta de acreditación de supuestos de responsabilidad previstos por el artículo 54 (inc. 3) de la Ley N° 19.550 y no en la ausencia de relación laboral.

Por otra parte, entiende que el *a quo* al afirmar que lo dispuesto por el artículo 20, no desplaza a los artículos 68 y concordantes del código de rito, viola lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional, otorgando preponderancia a una norma formal respecto de una disposición de derecho de fondo que tiene sustento en el Pacto de San José de Costa Rica y en los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional, en cuanto admite el acceso a la justicia por parte de los trabajadores sin limitación alguna y, ante la eventual condena en costas, protege su vivienda excluyéndola de la ejecución de la condena en todos los casos.

- III -

En mi opinión es equiparable a sentencia definitiva el pronunciamiento que, en el marco de la ejecución de una sentencia firme que reguló los honorarios del letrado peticionante, decretó el embargo sobre un inmueble que, según el actor, constituye su vivienda familiar y única, ya que los agravios relativos a la inembargabilidad de tal bien, no resultan susceptibles de oportuna reparación ulterior (v. doctrina de Fallos: 321:1844; entre otros).

Sentado ello, cabe aclarar que es condición de validez de los pronunciamientos judiciales que sean fundados y constituyan derivación del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 323: 2468; 324:556; 325:2817; entre otros), exigencia que procura esencialmente la exclusión de decisiones irregulares que afecten el adecuado servicio de justicia.

Ahora bien, de la lectura del expediente, advierto que el inmueble en cuestión habría sido afectado como bien de familia en enero de 2002 (v. informe del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fs. 384 vta.) y que el crédito que pretende el peticionante satisfacer mediante el embargo decretado tiene su origen en honorarias regulados en la causa (fs. 237/238 y 258/260), en la que fue dictada sentencia el día 15 de septiembre de 2005 sobre el fondo, que se encuentra firme, donde fue rechazada la acción contra Mario León Jasnís y, en virtud de ello, condenada la parte actora en costas (fs. 216/229).

En ese contexto y habida cuenta que el artículo 38 de la Ley N° 14.394 establece que no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en el caso de concurso o quiebra (con las excepciones allí previstas), sin que surja de las constancias de la causa que haya sido desafectado el beneficio, a mi modo de ver, correspondía valorar, en primer término -previo traslado por su orden a las partes en la instancia correspondiente-, si en el marco de dicho régimen resultaba procedente la medida cautelar trabada. Todo ello, más allá de lo manifestado por las partes -o de sus omisiones-, desde que la solución que se adopte en orden a los aspectos mencionados, eventualmente, tornaría abstracto el análisis de la aplicabilidad -o no- al caso del artículo 20 de la Ley N° 20.744, por lo cual, en esta instancia, resulta prematuro.

- IV -

Por lo expuesto, opino que V.E. debe dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y remitir los autos al tribunal de origen, para que se dicte uno nuevo con arreglo a derecho y con el alcance indicado en el párrafo que antecede.- Buenos Aires, 13 de abril de 2011.
Marta A. Beiró de Gonçalves.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Velárdez Julio César c/ Jasnís y Basano SA s/ ordinario”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando.

1º) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó el embargo decretado sobre un inmueble de propiedad del actor, en el marco de la ejecución de los honorarios regulados a favor del letrado de uno de los codemandados (Jasnís) a cuyo respecto la demanda de verificación de créditos laborales fue rechazada. Contra tal pronunciamiento el afectado dedujo el recurso extraordinario que, al ser denegado, dio origen a esta presentación directa.

2º) Que para decidir en el sentido indicado el a quo desechó la defensa del actor sustentada en la disposición del art. 20 de la ley de contrato de trabajo en cuanto dispone que la vivienda del trabajador “no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno”. Al efecto entendió que resultaba determinante para excluir la aplicación de la norma la falta de demostración de que hubiese existido relación laboral entre el reclamante y el codemandado Jasnís, tal como lo había advertido el juez de primera instancia.

3º) Que el apelante sostiene que la sentencia es arbitraria porque se basa en una interpretación equivocada de la norma aplicable y otorga preeminencia a disposiciones formales sobre los preceptos constitucionales y de derecho internacional que consagran la garantía de acceso a la justicia.

4º) Que si bien el fallo apelado ha sido dictado durante la etapa de ejecución, resulta equiparable a definitivo en la medida en que provoca al recurrente un agravio no susceptible de reparación ulterior (Fallos: 321:793 y 1844; 324:826, 331: 293, entre muchos otros). Además, se configura en el caso un claro supuesto de arbitrariedad normativa que habilita la consideración de los agravios por la vía elegida. Ello es así pues aunque las objeciones planteadas se vin-

culan con cuestiones de hecho, derecho común y procesal, ajenas —como regla y por su naturaleza— al remedio del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a ese principio y admitir la apelación en virtud de que la sentencia recurrida se aparta de la solución legal prevista para el caso mediante una exégesis irrazonable de la norma aplicable que la desvirtúa y la torna inoperante (Fallos: 301:865; 306:1462; 307:933; 321:793; 326:1864; entre muchas) con serio menoscabo de garantías constitucionales.

5°) Que, como quedó expuesto en el considerando 2°, el art. 20 de la ley de contrato de trabajo determina que la vivienda del trabajador “...no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno”. Con solo atenerse a la literalidad del precepto (atendiendo al primer criterio de interpretación de la ley; confr. doctrina de Fallos: 327:991; 329:3546; 330:4988; 331:858, entre otros) y sin necesidad de hacer un mayor esfuerzo intelectual, es posible concluir que la intención del legislador plasmada en la norma ha sido resguardar la vivienda del trabajador de cualquier intento de ejecución de honorarios o gastos causídicos que aquél deba soportar como consecuencia del rechazo total o parcial de las pretensiones reclamadas con base en el derecho laboral. La expresión “en caso alguno” es terminante y no deja resquicios por los que puedan introducirse excepciones al régimen protector. La clara directiva establecida en la norma importa, además, la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor del trabajador a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos laborales (arts. 14 bis de la Constitución Nacional y art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

6°) Que, en consecuencia, la decisión de excluir al bien en cuestión de la tutela legal en razón de que la condena en costas al actor se basó en la falta de prueba sobre la invocada relación laboral con uno de los codemandados (socio de la empresa fallida para la que aquél trabajó), aparece desprovista de fundamento legal ya que introduce una hipótesis de inaplicabilidad de la norma que ésta no prevé lo cual violenta la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue; confr. dictamen del señor Procurador al que adhirió la Corte en Fallos: 333:735).

En las condiciones expuestas corresponde descalificar la decisión recurrida por no ser derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa ya que ha que-

dado demostrada la relación directa entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

Recurso de hecho interpuesto por **Julio César Velárdez**, representado por el **Dr. Valterio Oscar Anders**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 18 Sec. n° 36; Juzgado Nacional de 1° Instancia del Trabajo n° 80.**

FRAILE, DIANA Y OTROS c/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES
s/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

IGUALDAD

La exigencia del título de médico para ocupar las jefaturas de los servicios de salud mental de los hospitales públicos de la Provincia de Buenos Aires no contradice la garantía de igualdad, ya que al establecer ciertas condiciones que la autoridad considera que son las más adecuadas para desempeñarlos, lejos de alterar, degradar o extinguir el derecho de trabajar, se reducen a reglamentar su ejercicio para hacerlo compatible con las exigencias del interés colectivo, por conducto de medios que no se advierten como irrazonables y que se relacionan también con la función de prescribir medicamentos de los jefes de servicios y la prohibición de la ley local 10.306 a los psicólogos de desarrollar esa tarea.

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

SISTEMA FEDERAL

Corresponde rechazar el agravio relativo a la supuesta contradicción de la reglamentación provincial con las disposiciones nacionales que establecen las incumbencias de los psicólogos, pues la provincia, en ejercicio del poder de policía de salubridad que le compete, se encuentra facultada para establecer y regular las condiciones que deben cumplir quienes accedan al cargo de jefe de servicio en los hospitales de su jurisdicción ya que el hecho de que la normativa nacional pueda permitir a los psicólogos ocupar dichas jefaturas no se deriva una imposición a las provincias de modo que se les impida limitar el acceso a esas posiciones a quienes son médicos, conforme a las necesidades funcionales de los nosocomios públicos.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 111/121, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó la demanda contencioso administrativa mediante la cual los actores pretendieron la declaración de nulidad de las resoluciones de la Subsecretaría de Coordinación y Atención de la Salud 2706/01, que modificó la denominación de los Servicios y Salas de Salud Mental, y 1737/2002, mediante la cual se rechazó el recurso de revocatoria interpuesto contra esa primera decisión.

Para así decidir, los magistrados entendieron que, entre las funciones a cargo del jefe de servicio y las obligaciones y responsabilidades que surgen del Reglamento de Hospitales Oficiales -decreto 12.751/1948, artículo 100 incs. a a n- se encuentra la de prescribir medicamentos y que, a su vez, la ley 10.306, que regula la actividad profesional de los psicólogos de la provincia, les prohíbe a éstos prescribir, aplicar o administrar medicamentos (art. 9°).

Por consiguiente, señalaron, es la normativa vigente la que impone una limitación objetiva para ejercer la función de jefe de servicio en esos hospitales. En este orden de ideas, entendió que no se presentaba en el caso un supuesto de discriminación y que tampoco se vulneraba el principio de igualdad (art. 11 de la Constitución de la Provincia),

dado que no se establecieron excepciones o privilegios que excluyan a unos lo que se da a otros en igualdad de circunstancias, ya que en ese contexto, no se advertía ilegitimidad en la actuación administrativa, en tanto los cargos públicos han sido creados en razón del servicio y es la Administración la que tiene atribuciones amplias para evaluar sus necesidades funcionales, y sólo pueden los jueces apartarse de la valoración que aquélla realice en caso de ilegitimidad. En tal sentido, agregó que la resolución 2706/2001 pondera las necesidades del Servicio de Salud Mental de los hospitales públicos, según la normativa que estructura su competencia y las facultades de los profesionales que aspiran a desempeñarse en la jefatura del servicio.

- II -

Disconformes con esta decisión, los actores dedujeron el recurso extraordinario de fs. 124/140, que fue concedido a fs. 156/157.

Sostienen, en sustancial síntesis, que la sentencia vulnera los derechos a la igualdad y a trabajar garantizados en la Constitución Nacional. Consideran que la resolución 2706/2001 efectuó una discriminación arbitraria al imposibilitar a los profesionales psicólogos el ejercicio de las jefaturas de los servicios de salud mental en beneficio de los profesionales médicos. Manifiestan que el trabajo que se realiza en el servicio es interdisciplinario y, por lo tanto, el jefe de aquél no tiene que cumplir todas las funciones que allí se desarrollan. Sobre este punto, agregan que ningún profesional puede cumplir con todas las tareas del servicio y, por consiguiente, la imposibilidad de los psicólogos para prescribir medicamentos no debería impedir que cubran dichos cargos.

Asimismo, señalan que el a quo ponderó erróneamente la validez de normas locales frente a normas federales, en desmedro del art. 31 de la Constitución Nacional. Indican que, de acuerdo a la resolución del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación 2447/85, que establece las incumbencias de los psicólogos, se infiere su capacidad para ejercer dichos cargos, y que ello también surge de la resolución del Ministerio de Educación de la Nación 343/2009, que enuncia, dentro de las actividades profesionales de los psicólogos, la de “dirigir, participar y auditar servicios e instituciones públicas y privadas, en las que se realicen prestaciones de salud y de salud mental”.

Por último, aducen que la sentencia es arbitraria, porque no constituye una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias de la causa, y afecta en forma directa e inmediata

garantías reconocidas en la Constitución Nacional, en especial los derechos de trabajar, igualdad, propiedad y defensa en juicio.

- III -

A mi modo de ver, el recurso es formalmente admisible, pues los agravios del apelante atinentes a la presunta colisión entre preceptos constitucionales y actos locales constituye cuestión federal bastante en los términos del art. 14 de la ley 48, y la decisión definitiva del Superior Tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones del apelante (Fallos: 316:855; 321:2086).

- IV -

Es de señalar, en primer término, que la garantía constitucional del art. 16 implica la igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes (Fallos: 123:106). Las distinciones así establecidas en supuestos distintos son valederas en tanto no obedezcan a propósitos de injusta persecución o un indebido privilegio (Fallos: 303:1580; 307:582 y 327:5118 entre muchos otros), y sólo podrán obedecer a una objetiva razón de diferenciación (Fallos: 229:428; 306: 195), pues nada obsta a que se trate de modo diferente a aquellos que se encuentran en situaciones distintas por sus actividades específicas.

En efecto, el derecho genérico de las personas a ser tratadas de un modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico -igualdad ante la ley de todos los habitantes- que no impide la existencia de diferencias legítimas (A.910, L.XIVI, "Asociación de Magistrados y Funcionarios c. E.N. -ley 26.372 artículo 2° s/amparo ley 16.986", sentencia del 4 de diciembre de 2012).

A la luz de lo expuesto, no cabe asignar a los actos impugnados el carácter discriminatorio que los actores le atribuyen, dado que ellos alcanzan por igual a la generalidad de los psicólogos, sin atender a diferencias personales, y no obedecen a ánimo persecutorio de ninguna índole, sino que están concebidos únicamente como una pauta razonable de la organización hospitalaria provincial conforme a sus necesidades funcionales. Considero, en esta línea de pensamiento, que la exigencia del título de médico para ocupar las jefaturas antes mencionadas no contradice la garantía de igualdad, porque en tal caso el derecho a su goce radica en una objetiva razón de distinción por profesión.

En efecto, los actos cuestionados, en cuanto requieren a quienes ocupen, en los hospitales públicos de la provincia, los cargos de jefe de servicio en el área de salud mental, que reúnan ciertas condiciones que la autoridad local considera que son las más adecuadas para desempeñarlos, lejos de alterar, degradar o extinguir el derecho de trabajar, se reducen a reglamentar su ejercicio para hacerlo compatible con las exigencias del interés colectivo, por conducto de medios que, en el caso, no se advierten como irrazonables.

- V -

Corresponde ahora examinar el agravio planteado por los apelantes con relación a la supuesta violación del art. 31 de la Constitución Nacional; para ello, debe determinarse si la reglamentación provincial contradice o no las disposiciones nacionales invocadas.

Adelanto que también debe desestimarse esta queja, toda vez que, a mi criterio, la reglamentación local no va en desmedro de lo dispuesto por las normas nacionales invocadas por aquéllos, que establecen las incumbencias de los psicólogos, pues la provincia, en ejercicio del poder de policía de salubridad que le compete, se encuentra facultada para establecer y regular las condiciones que deben cumplir quienes accedan al cargo de jefe de servicio en los hospitales de su jurisdicción. La normativa nacional puede permitir a los psicólogos ocupar dichas jefaturas, pero de ello no se deriva una imposición a las provincias de modo que se les impida limitar el acceso a esas posiciones a quienes son médicos, conforme a las necesidades funcionales de los nosocomios públicos.

Recuérdese, al respecto, que el Reglamento para los Hospitales dependientes del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, decreto 12751/1948, art. 100 inc. d (que, debe señalarse, no ha sido impugnado en autos), establece que los jefes de servicio y de las salas de dichos hospitales tienen como función la de prescribir medicamentos, y que la ley local 10.306 impide a los psicólogos desarrollar esta tarea. Es por ello que la decisión de la provincia de no permitir a esos profesionales ocupar dichas jefaturas encuentra apoyo en su propia normativa, que no es irrazonable.

En cuanto a los restantes agravios que plantean los apelantes, sólo traducen meras discrepancias con el criterio interpretativo adoptado por el máximo tribunal local, en el ejercicio de sus atribuciones, sobre materias regidas por el derecho público provincial y que cuenta con fundamentos de igual carácter que, más allá de su acierto o error, ponen a la sentencia apelada a resguardo de la tacha de arbitrariedad.

- VI -

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario de fs. 124/140 y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 23 de abril de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Fraile, Diana y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa”.

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, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **Diana Fraile y otros, parte actora en autos, por derecho propio**, con el patrocinio letrado del Dr. **Juan Eduardo Ves Losada**.

Traslado contestado por la **Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, demandada en autos**, representada por **María Julieta Moirano**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**.

L., E. S. c/ CENTRO DE EDUCACION MEDICA E
INVESTIGACIONES CLINICAS NORBERTO QUIRNO
(CEMIC) s/ AMPARO

MEDICINA PREPAGA

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo que tenía como objeto que la empresa de medicina prepaga a la que se encuentra afiliada la demandante le provea la cobertura del medicamento prescripto por la médica tratante si se apartó de manera inequívoca del régimen aplicable entonces para empresas como la demandada, además de que omitió exponer fundamentos razonados que sostengan jurídicamente la obligación de cobertura del medicamento pretendido y puesta en cabeza de la contratante, señalando que correspondía a la recurrente asumir el costo de la prestación sin apoyar en norma alguna -legal ni contractual- la causa de dicha obligación e incurriendo así en una afirmación dogmática.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de la jueza de grado que admitió la acción de amparo y condenó al centro médico demandado a proveer el medicamento Mabthera 500 -nombre comercial de la droga Rituximab- para el tratamiento de una plaquetopenia producida por el lupus eritematoso sistémico con compromiso renal y hematológico que sufre la actora (fs. 305-311).

Para así decidir, señaló que las empresas de medicina prepaga no están exentas de las disposiciones de la ley 24.754, y que en ese marco se encuentran obligadas a brindar, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones que resultan obligatorias para las obras sociales (cf. art. 1° de la ley citada).

Asimismo, sostuvo que el vínculo entre el usuario y la institución está regido por un contrato caracterizado por la desigualdad negocial entre las partes, por lo que el primero goza de la tutela del derecho al consumo en los términos de la ley 24.240.

En lo sustancial, la cámara entendió que el suministro de la medicación en cuestión resultaba beneficioso para la patología que afecta a la actora, por lo que su derecho a una asistencia eficaz incluiría la provisión del medicamento requerido. En ese sentido, argumentó que el hecho de que no estuviera incluido en el Programa Médico Obligatorio no sería un impedimento para que fuera cubierto por la demandada, en el entendimiento de que ella debe brindar un tratamiento médico adecuado a la patología sufrida, moderno y de calidad, acorde con las últimas técnicas y tecnológicas disponibles.

- II -

Contra este pronunciamiento la parte demandada interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria motivó la presentación directa en examen (fs. 321-340, 350-vta. respectivamente y fs. 36-40 del cuaderno respectivo).

La recurrente tacha de arbitraria la sentencia objetando que se la condena a cumplir una obligación que no tiene sustento en el contrato ni en la normativa vigente. Añade que la solución dealzada resulta contraria a lo resuelto por la Corte en el caso “Cambiaso Pérez de Nealon” (Fallos: 330:3725).

Alega que la entidad de medicina prepaga no se ha negado arbitrariamente a dar la cobertura reclamada, sino que ha adecuado su actuación a las obligaciones que surgen de las normas contractuales y legales que rigen su actividad y la de las obras sociales. El medicamento requerido no figura entre los incluidos en el Plan Médico Obligatorio, y el a quo se ha apartado de la legislación vigente en cuanto establece que la actualización del plan está a cargo del Ministerio de Salud, de conformidad con el mecanismo previsto en la resolución 1714/2007 de ese organismo. Más aún, la condena violaría los principios de investigación científica consagrados en la ley 25.467, pues ha obligado a la demandada a proveer un medicamento para una patología diferente a aquella para la cual ha sido aprobada por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), lo que constituiría un uso experimental del fármaco.

- III -

El recurso extraordinario es formalmente admisible, pues se ha puesto en tela de juicio la interpretación de las leyes federales 24.754 y 24.901 y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (artículo 14, inciso 3, de la ley 48).

La arbitrariedad que la recurrente atribuye al pronunciamiento de la cámara guarda estrecha relación con la violación alegada de las normas federales invocadas. Ambas objeciones han de examinarse conjuntamente (Fallos: 321:2764; 326:1007; 327:3536, entre muchos otros).

- IV -

La cuestión en litigio reside en la determinación de si la actora tiene derecho a que la empresa de medicina prepaga a la que está afiliada le provea, con una cobertura del cien por ciento, la droga Rituximab que se le ha prescripto para el tratamiento de una plaquetopenia producida por el lupus eritematoso sistémico con compromiso renal y hematológico que padece, a pesar de que esa droga no ha sido aprobada por la ANMAT para ese uso.

De acuerdo con la interpretación que la Corte ha hecho en el precedente registrado en Fallos: 330:3725, las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga -como la aquí demandada- deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que son obligatorias para las obras sociales. Esto último comprende las prestaciones que, con carácter obligatorio, establezca y actualice periódicamente la autoridad de aplicación en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 28 de la ley 21.661. En especial, en lo que atañe a las personas con discapacidad -como la actora en este proceso (fs. 224)-, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga deben brindar todas las prestaciones que requiera la rehabilitación del paciente, así como, en la medida en que conciernan al campo médico asistencial, las demás previstas en la ley 24.901 (artículos 1, 2 y 38 de la ley citada).

Esa interpretación ha sido recogida en la ley 26.682 que, en lo pertinente, establece la obligación de las empresas de medicina prepaga de solventar los requerimientos de las personas con discapacidad. Expresamente, al fijar el marco regulatorio para ese sector, le impone “cubrir como mínimo en sus planes de cobertura medica asistencial [...] el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con discapacidad previst[o] en la ley 24.901 y sus modificatorias” (artículo 7, ley 26.682).

Ahora bien, a diferencia del caso decidido en el precedente de Fallos: 330:3725 -en el que el actor reclamaba la provisión de medicamentos y prestaciones médicas autorizadas para la patología que lo aquejaba- y del que fue objeto de la sentencia registrada en Fallos: 333:690 -en el que la actora solicitaba la prescripción de un fármaco que no estaba aprobado por la autoridad de aplicación nacional-, en el caso actual la actora exige la cobertura por parte de la empresa de

medicina prepaga a la que está afiliada para el uso fuera de prospecto o atípico de un medicamento. Con estas expresiones se refiere a la prescripción médica de una droga que ha superado positivamente el pertinente control estatal, pero para destinarla al tratamiento de una enfermedad o en una modalidad de suministro distintas de aquellas previstas en el procedimiento de autorización y en relación con las cuales ha sido autorizada.

En efecto, la actora -discapacitada en virtud del lupus eritematoso sistémico con compromiso renal y hematológico que padece (fs. 224)- está afectada por una plaquetopenia para la que se le ha prescrito la droga Rituximab -comercializada en el mercado local bajo el nombre "Mabthera 500"- autorizada por la ANMAT para otras patologías: linfoma folicular no-Hodgkin y artritis reumatoidea.

El uso fuera de prospecto o atípico de medicamentos ha sido objeto de estudio y consenso en la comunidad científica y bioética mundial y cuenta con regulación específica en varias jurisdicciones. En nuestro país, sin embargo, no hay una regulación expresa.

En las jurisdicciones en las que el uso atípico ha sido explícitamente regulado, tanto en lo que respecta a la responsabilidad del profesional de la salud que lo indica o suministra, como en lo relacionado con la cobertura del tratamiento por parte de obras sociales y servicios de salud, las regulaciones condicionan el uso del medicamento a la determinación del fundamento científico de la decisión médica de prescribirlo y al consentimiento informado del paciente respecto de la atipicidad de la prescripción, sus beneficios y riesgos potenciales. Cuando lo que está en juego es la cobertura del tratamiento por parte de un servicio médico regulado, la determinación del fundamento científico del uso fuera de prospecto puede requerir además el aval de una institución específica, o la inclusión del uso atípico cuestionado en alguna publicación científica en particular (cf., por ejemplo, Alemania: Libro V, § 106, inciso 5.b, Código de la Seguridad Social; España: artículos 1. b), 2.2, 13 y 15 del Real Decreto N° 1015/2009 BOE N° 174; Estados Unidos: United States Code, Título 42, Capítulo 7 (XVIII), Apartado E, § 1395t; Italia: artículos 1 de la ley 648 de 1996 y 3 de la ley 94 de 1998).

En nuestro país, la ANMAT ha regulado explícitamente un fenómeno cercano al del uso fuera de prospecto: el del denominado "uso compasivo" de medicamentos no autorizados por la autoridad de aplicación local (cf. disposición ANMAT 840/1995). Esta regulación permite la importación de medicamentos que no cuentan con autorización de la ANMAT -y, por lo tanto, no se comercializan en el mercado local-

para uso individual, cuando ellos son prescriptos para el tratamiento de situaciones clínicas de gravedad, y cuando el tratamiento con drogas autorizadas localmente es médicamente inviable o inconveniente. La permisión depende centralmente de la determinación de que existe “una base racional en la evidencia científica para concluir que la droga puede ser efectiva para el paciente a quien se desea ofrecer” (ANMAT, disposición 840/1995, artículo 1(c).1). El procedimiento para esa determinación del fundamento científico de la prescripción varía según si el medicamento ha sido aprobado por la autoridad sanitaria de un país extranjero, o no lo ha sido, y exige la evaluación de un grupo de trabajo creado a esos efectos (cf. id., artículo 2).

El derecho a la salud -reconocido expresamente en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y tal como lo ha interpretado la Corte en su jurisprudencia constitucional (cf., por ejemplo, Fallos: 323:1339; 329:2552)- garantiza al paciente el acceso al tratamiento médicamente adecuado para la patología que padece. Tanto la regulación internacional del uso fuera de prospecto de medicamentos aprobados, como la regulación de la ANMAT sobre uso compasivo de medicamentos no aprobados pretenden garantizar el acceso del paciente a un tratamiento adecuado, aun cuando ello implique utilizar un fármaco para un uso distinto del aprobado por la autoridad de aplicación. Ello exige evaluar debidamente la conveniencia y razonabilidad del uso fuera de prospecto del fármaco, teniendo en cuenta la información científica acerca de la eficacia del fármaco para la patología en cuestión y para la situación concreta del paciente, la razonabilidad de la relación entre riesgos y beneficios y el consentimiento informado del paciente.

- V -

En ejercicio de las potestades previstas en los artículos 25, inciso (g), y 26 de la ley 24.946, esta Procuración General ha solicitado a la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires un informe sobre el uso del Rituximab en cuadros de lupus eritematoso sistémico con las características que aquejan a la actora -se adjuntan a este dictamen el informe de la Academia Nacional de Medicina y el oficio mediante el cual se lo solicitó-. De acuerdo con lo informado allí, si bien el fármaco está indicado para el tratamiento de la artritis reumatoidea y de linfomas no-Hodgkin, se considera prudente su empleo en la patología que presenta la actora, en cuadros de su gravedad y ante el fracaso de los tratamientos de primera línea, ya que por su mecanismo de acción es razonable su uso en otras afecciones que presenten alteraciones

inmunológicas dependientes de los linfocitos B.

En ese sentido, la Academia Nacional de Medicina informó que distintos estudios clínicos no controlados sugieren la utilidad del uso del Rituximab para el tratamiento del lupus eritematoso sistémico y que un ensayo adecuadamente controlado dio resultados positivos, aunque no estadísticamente significativos. El organismo agregó que si bien los estudios no permiten ubicar al Rituximab como tratamiento de primera línea, sus conclusiones no son terminantes dada la gran cantidad de factores intervinientes en la configuración de los grupos experimentales, lo que complica la asignación equilibrada de pacientes a los distintos tratamientos. Por otro lado, la Academia apuntó que existe una gran distancia entre las conclusiones de los ensayos clínicos y la conducta médica que se debe adoptar ante un paciente en particular, máxime en casos de la gravedad que presentaba la actora y cuando han fracasado los tratamientos clásicos.

En concordancia con lo expuesto en el apartado anterior y a la luz de las conclusiones expuestas por la Academia Nacional de Medicina, corresponde evaluar la razonabilidad de la prescripción del fármaco en el caso concreto de la amparista. A ese respecto, el a quo analizó los estudios de laboratorio realizados con anterioridad y posterioridad al suministro de la primera dosis de la droga -cuyo costo fue asumido por la paciente- y concluyó que la actora había observado una mejoría considerable en su nivel de plaquetas en sangre, por lo que entendió justificada la prescripción de una nueva dosis ante la reaparición de esa patología (cf. fs. 239-244). Dicha conclusión no ha sido debidamente rebatida por la empresa de medicina prepaga demandada, la que centró su crítica en cuestiones de índole formal relativas al carácter fuera de prospecto del uso indicado, pero no cuestionó en concreto y con fundamentos científicos o clínicos la conveniencia del uso del fármaco para la patología que presenta la actora.

En conclusión, en el marco interpretativo expuesto en el apartado IV y ante la información científica proporcionada por la Academia Nacional de Medicina, no luce arbitraria la valoración del a quo sobre la conveniencia y la razonabilidad del uso de la droga Rituximab para el tratamiento de la patología que sufre la actora.

- VI -

Por todo lo expuesto, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja y rechazar el recurso extraordinario interpuesto. Buenos Aires, 28 de mayo de 2013. *Alejandra Magdalena Gils Carbó.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa L., E. S. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo con el objeto de que el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (C.E.M.I.C.), empresa de medicina prepaga a la que se encuentra afiliada la demandante, le provea la cobertura del medicamento Mabthera 500, prescripto por la médica tratante para las enfermedades —lupus eritematoso sistémico y síndrome antifosfolipídico— que padece la peticionaria.

La alzada concluyó que la negativa de la demandada a cubrir la provisión del medicamento peticionado aparecía como infundada. Para sostener esa afirmación, estableció como formulación general que en los contratos de medicina prepaga el afiliado entiende razonablemente que el sistema estaba destinado a socorrerlo, garantizándole toda la atención médica necesaria en el supuesto de enfermarse y que —en función de lo establecido en el art. 1° de la ley 24.754— las empresas que prestaban dicho servicio debían cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones dispuestas como obligatorias para las obras sociales. Por otra parte, señaló que si bien estas empresas realizaban una actividad comercial, adquirirían también un compromiso social con sus usuarios que obstaba a que, sin más, pudieran desconocer el contrato celebrado, por el que debían asegurar efectivamente a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas. Tras esas apreciaciones, afirmó que encontrándose en riesgo el derecho a la salud se imponía “*un abordaje no tan estrictamente contractual del tema*”, sino uno que considerara las características concretas del caso y las particularidades del sistema en el que la relación se insertaba, entre las

que se incluía la dificultad invocada por la actora para adquirir el medicamento pretendido y la necesidad de un suministro regular y sin dilaciones. Por último, sostuvo que correspondía extender la cobertura brindada por la demandada más allá de la prevista en el Programa Médico Obligatorio, pues se había demostrado —a partir de una prueba de laboratorio— que el suministro de la medicación requerida había resultado beneficioso y adecuado para la patología de la actora.

2°) Que contra esa decisión la demandada interpuso recurso extraordinario cuya denegación motiva esta queja, en el que invoca como cuestión federal la doctrina de esta Corte en materia de sentencias arbitrarias.

Sostiene que el fallo carece de una adecuada fundamentación y se aparta del derecho aplicable, pues le impone obligaciones no contempladas en el contrato celebrado con la actora, ni en las leyes 24.901 y 24.754. En ese sentido, aclara que —según lo normado en el art. 2° de la resolución 331/2004 de la Superintendencia de Servicios de Salud— los agentes del seguro de salud se encuentran obligados, únicamente, a cubrir el costo de los medicamentos indicados en el Programa Médico Obligatorio, sin que en este ordenamiento se encuentre prevista la cobertura del producto Mabthera 500, reclamada en el sub lite. Por otra parte, señala que dicha medicación fue autorizada por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T.) para patologías distintas a las que presenta la actora, razón por la cual su utilización en el caso implicaría un uso experimental de aquélla, que no se halla avalado por la ley ni por el contrato (conf. art. 23.6 del Reglamento General de Afiliación de C.E.M.I.C.). Afirma, además, con cita del precedente “Buñes” (Fallos: 333:690) de esta Corte, que la provisión o cobertura de un tratamiento de ese carácter no puede ser impuesta a los agentes de salud. Indica, asimismo, que la obligación de garantizar el derecho a la salud recae sobre el Estado y solo es trasladable de manera positiva a los particulares mediante una norma emanada del Poder Legislativo.

3°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en cuanto se ha invocado la arbitrariedad del fallo. En efecto, la cámara incurrió en graves defectos de fundamentación que el Tribunal considera necesario poner de relieve, pues descalifican al pronuncia-

miento como acto jurisdiccional constitucionalmente sostenible, al estar demostrado que la equivocación de la sentencia es tan grosera que aparece como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia, según la clásica definición dada por esta Corte hace más de cincuenta años en la causa “Estrada, Eugenio” (Fallos: 247:713) y reiterada hasta sus pronunciamientos más recientes (causa B.32.XLVII “Badano, Eduardo José s/ juicio político”, sentencia del 14 de febrero de 2012 y sus citas).

4°) Que ello es así, en la medida en que la alzada confirmó la condena que había sido impuesta por el juez de primera instancia sin brindar razones mínimamente consistentes, omitiendo satisfacer la exigencia constitucional de la debida fundamentación de las decisiones judiciales (Fallos: 267:273; 302:1033; 311:1602; 317:874; 319:722; 323:2834 y 329:2563).

En efecto, con lo resuelto, la cámara se apartó de manera inequívoca del régimen aplicable entonces para empresas como la demandada, además de que omitió exponer fundamentos razonados que sostengan jurídicamente la obligación de cobertura del medicamento pretendido por la afiliada y puesta en cabeza de la contratante. En este sentido, el tribunal a quo señaló que correspondía a la recurrente asumir el costo de la prestación sin apoyar en norma alguna —legal ni contractual— la causa de dicha obligación, incurriendo en una afirmación dogmática al sostener que la negativa de la demandada a brindar la cobertura pretendida aparecía como infundada.

Para ello, entendió que las empresas de medicina prepaga — como la demandada— estaban obligadas a cubrir las mismas prestaciones dispuestas como obligatorias para las obras sociales, pero este razonamiento no sostiene lógicamente la conclusión pues, tras esa asimilación, debía necesariamente examinarse si dichos agentes de la salud estaban obligados, o no, a brindar la cobertura pretendida en el sub lite. En cambio, la alzada incurre en un salto argumentativo de dicha cuestión al omitir todo examen sobre ese punto medular que juzgó decisivo, fijando derechamente una conclusión que debe ser privada de validez racional ante la defectuosa construcción deductiva intentada.

5°) Que, además, pese a destacar que para la de-mandada la obligación de cobertura se hallaba delimitada por las prestaciones tanto pactadas como legalmente establecidas, el tribunal a quo contradujo la premisa que fijó al apartarse del contenido del contrato celebrado entre las partes y de las normas aplicables al sub lite, al afirmar después que no era razonable la decisión de negar la cobertura de un tratamiento novedoso por el solo hecho de no encontrarse entre los obligatorios, cuando el eje controversial que debía definir no era ese sino si la cobertura del medicamento de que se trata era un mandato obligatorio incorporado al específico plan prestacional de la demandada frente a la demandante.

6°) Que, en las condiciones expresadas, los graves defectos en que incurrió la alzada afectan de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste a la recurrente (ley 48, art. 15) defectos que justifican la invalidación del pronunciamiento a fin de que la pretensión sea nuevamente considerada y decidida mediante un fallo constitucionalmente sostenible.

Como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos “Cantos”, del 28 de noviembre de 2002, p. 63; y “Claude Reyes”, del 19 de septiembre de 2006, p. 135 y 153), la exigencia de que una sentencia cuente con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles es una exigencia que arraiga en el derecho a la tutela judicial efectiva y en las garantías judiciales que, sistemáticamente, consagran en favor de las personas directamente interesadas los arts. 25 y 8.1, respectivamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Mas esa obligación trasciende el interés de las partes del proceso para contribuir a la profundización del estado de derecho, pues al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el Poder Judicial en el marco de una sociedad democrática (caso “Apitz Barbera” del 5 de agosto de 2008 P. 77 y 78).

Por ello, oída la señora Procuradora General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance que surge de los considerandos que anteceden y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Co-

mercial 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. Re-intégrese el depósito. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

Recurso de hecho interpuesto por la **demandada (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno - C.E.M.I.C.)**, representado por el **Dr. Julio I. Frigerio**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 42.**

OTILIO, ROQUE ROMANO s/ PEDIDO DE ENJUICIAMIENTO

JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS

Cabe desestimar la queja interpuesta por denegación del recurso extraordinario deducido contra la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación de remover al actor de su cargo de juez por haber incurrido en la causal de mal desempeño, pues si bien el planteo del recurrente se encuentra orientado a que el Tribunal examine si se ha desvirtuado el objeto procesal del enjuiciamiento previsto por el art. 115 de la Constitución Nacional, al constituirse en una vía elíptica de revisar actos cumplidos por los otros Poderes del Gobierno Federal -como son el Poder Ejecutivo en la designación y el Senado de la Nación en el acuerdo- en ejercicio de atribuciones privativas reconocidas con sustento en el principio republicano de separación de poderes, el recurso adolece de notorias deficiencias de fundamentación en la construcción de su reclamo que conspiran contra su procedencia.

JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS

Cabe desestimar la queja interpuesta por denegación del recurso extraordinario deducido contra la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de

Magistrados de la Nación de remover al actor de su cargo de juez por haber incurrido en la causal de mal desempeño, pues el Jurado de Enjuiciamiento ha sido muy cuidadoso al fijar el límite de sus atribuciones para no interferir en el ámbito de competencia de otros órganos del Gobierno Federal, mientras que las apodícticas aseveraciones del apelante son insuficientes para desvirtuar la fundada interpretación del jurado sobre el alcance de sus atribuciones constitucionales, y no demuestra una eventual superposición de funciones de las distintas autoridades federales que tuvieron a su cargo, respectivamente, el acuerdo para la designación y, la ulterior destitución del magistrado, realizadas tras la consideración y juicio de circunstancias de hecho absolutamente disímiles.

JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS

Cabe desestimar la queja interpuesta por denegación del recurso extraordinario deducido contra la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación de remover al actor de su cargo de juez por haber incurrido en la causal de mal desempeño, pues el escrito de presentación del remedio federal extraordinario carece de un desarrollo eficiente que permita otorgarle el carácter de autónomo, en la medida que no demuestra cómo se configuraría la relación directa e inmediata entre los dispositivos constitucionales señalados y la materia sentenciada, puesto que las críticas aisladas en torno a la valoración de circunstancias de hecho que el apelante dirige contra la sentencia del a quo son insuficientes para demostrar, con el rigor que es necesario en esta clase de asuntos, que en este proceso eminentemente político de remoción de un magistrado se ha violado la garantía de la defensa en juicio y que esta lesión irroge un perjuicio a derechos jurídicamente protegidos.

JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS

En el marco de la queja interpuesta por denegación del recurso extraordinario deducido contra la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación de remover al actor de su cargo de juez por haber incurrido en la causal de mal desempeño, ni la subsunción de los hechos en las causales de destitución ni la apreciación de los extremos fácticos o de derecho constituyen materia de pronunciamiento dado que no se trata de que el órgano judicial convertido en un tribunal de alzada sustituya el criterio de quienes por imperio de la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado.

JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS

Cabe desestimar la queja interpuesta por denegación del recurso extraordinario deducido contra la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación de remover al actor de su cargo de juez por haber incurrido en la causal de mal desempeño, pues el recurrente fue imputado por cargos definidos en base a una conducta descripta con precisión; tuvo las oportunidades procesales para ejercer su defensa mediante descargo, recusaciones y ofrecimiento de prueba; su conducta fue evaluada con arreglo a los recaudos legalmente contemplados, y destituido por el órgano en cuyas exclusivas manos la Constitución Nacional depositó la atribución ejercida de juzgar la responsabilidad política de los magistrados del Poder Judicial de la Nación, mediante una decisión que estimó acreditada la causal típicamente reglada de mal desempeño, por lo que en tales condiciones y ausente la demostración en forma nítida, inequívoca y concluyente de la lesión a las reglas estructurales del debido proceso, no hay materia federal que habilite la intervención de esta Corte en el marco de los rigurosos límites de su competencia que, para asuntos de esta naturaleza, le imponen los arts. 31, 116 Y 117 de la Constitución Nacional, y el art. 14 de la ley 48.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte

- I -

El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación removió al doctor O. I. R. R. de su cargo de juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, por la causal constitucional de mal desempeño (fs. 1814/1854).

El proceso se inició mediante la resolución 134/2011 del plenario del Consejo de la Magistratura, en la que se decidió abrir el procedimiento de remoción de aquél, por las causales de mal desempeño y posible comisión de delitos, imputándole en concreto: 1) haber omitido en forma reiterada y prolongada en el tiempo la promoción, persecución y represión de delitos de lesa humanidad, cometidos por las fuerzas armadas y de seguridad en el período comprendido entre los años 1975 y 1983, de los que habría tomado conocimiento en su condición de fiscal federal y juez federal subrogante, en participar, en relación con ciertos hechos investigados en la causa 636-F “Fiscal c. Guzzo,

Gabriel y otros”; 2) como consecuencia de las omisiones detalladas, haber resultado funcional al plan represivo montado por las fuerzas armadas y de seguridad en la Provincia de Mendoza durante el citado período, según surge de la sentencia dictada el 18 de mayo de 2011 por la Cámara Federal de Apelaciones de esa provincia, mediante la que se le atribuyó al doctor R. el grado de participación primaria o necesaria en los delitos indicados en la resolución; 3) haber omitido efectuar denuncia penal con motivo de los delitos de acción pública que relataron ante él, en su calidad de fiscal, varios imputados en el expediente antes mencionado, en trámite ante el Juzgado Federal de Mendoza; 4) haber omitido efectuar denuncia penal con motivo de las lesiones presentadas por el entonces imputado, Sr. Machi, que se encontraban acreditadas en el expediente antes citado, en el que intervino como fiscal; 5) haber omitido efectuar denuncia penal con motivo de los delitos de los que fue víctima una imputada en esa causa en oportunidad de su detención, y haber contravenido, en su calidad de fiscal, el régimen legal que entonces regía para los menores, en el referido expediente; 6) haber omitido efectuar denuncia penal con motivo de los delitos de acción pública relatados por imputados en esa causa, en la que intervino como fiscal; 7) haber omitido requerir medidas de prueba e impulsar la instrucción, además de haber solicitado en forma prematura su archivo, en otras causas en las que se ventilaban detenciones ilegales y torturas, entre otros delitos.

- II -

Contra esa decisión, la defensa del enjuiciado interpuso recurso extraordinario (fs. 1864/1877), que fue denegado (fs. 1899/1903), lo que motivó la presentación de la queja en examen.

Expuso los siguientes agravios: a) los hechos atribuidos al doctor R. eran anteriores a su designación como juez de cámara, por lo que el Jurado de Enjuiciamiento carecía de competencia para juzgarlo, ya que ello importaba ejercer un control sobre la regularidad con que el Senado de la Nación había prestado acuerdo sobre su nombramiento, invadiendo de ese modo atribuciones exclusivas que la Constitución le otorga a ese cuerpo, que no podía conocer esos hechos ya que ellos se ventilaron en una causa penal que tramitó en Mendoza y en la que la Cámara federal de esa localidad se pronunció el 5 de julio de 2011; b) al momento de dictar sentencia se modificaron los hechos en las condiciones sobre las que fueron materia de acusación; el las supuestas omisiones puestas en cabeza del doctor R. están prescriptas, ya que deben aplicarse los plazos establecidos en el Código Penal; d) la

sentencia es arbitraria porque omitió expedirse sobre una cuestión dirimente: que las conductas sometidas a decisión del Jurado de Enjuiciamiento comprendían la actuación de un procurador fiscal, por lo cual aquél carecía de competencia para decidir. También dice que, al evaluar el Jurado de Enjuiciamiento la actuación del doctor R. en ese carácter, violó la independencia del Ministerio Público Fiscal.

- III -

La Corte, a partir del precedente “Nicosia” (Fallos: 316:2940), hizo extensible a las destituciones de magistrados nacionales llevadas a cabo por el Senado de la Nación, la doctrina que el Tribunal venía sosteniendo en materia de enjuiciamiento de jueces pertenecientes al ámbito de provincias, según la cual lo decidido resulta revisable en la instancia del art. 14 de la ley 48 siempre que se invoque por el interesado la violación de la garantía constitucional de defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Ley Fundamental.

Tal criterio se reafirmó en el caso “Brusa” (Fallos: 326:4816) en el cual frente a la irrecurribilidad de la decisión del Jurado de Enjuiciamiento establecida -a raíz de la reforma instrumentada en 1994- por el art. 115 de la Ley Fundamental, el Tribunal concluyó que dicha condición significa que la Corte Suprema no podrá sustituir el criterio de dicho órgano en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento, esto es, el juicio sobre la conducta de los jueces, pero sí será propio de su competencia, por vía del recurso extraordinario, considerar las eventuales violaciones -nítidas, graves y concluyentes- a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio (confr. considerando 9° del voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; segundo párrafo del voto del juez Belluscio; considerandos 20 y 34 del voto del juez Maqueda y más recientemente in re: T. 839. XXXVIII. “Torres Nieto, Mirta Carmen s/su enjuiciamiento” recurso de hecho, sentencia del 13 de marzo de 2007).

Admitido, entonces, que ciertas resoluciones del juicio político pueden ser revisadas judicialmente, siempre que concurren las condiciones que así lo permitan, tanto por la naturaleza y características de aquel proceso como por las pautas jurisprudenciales resumidas, resta, en consecuencia, considerar si el recurso extraordinario cuya denegación origina esta presentación directa es o no admisible.

En efecto, es claro que, para habilitar la vía de revisión excepcional del art. 14 de la ley 48, la apelación extraordinaria queda sujeta, como en todos los casos, al cumplimiento de los demás requisitos que se exigen para su admisibilidad, que, por otra parte, exigen un escrutinio

muy riguroso, en virtud de la especial prudencia que debe regir toda la actuación judicial en asuntos relativos al juicio político, así como al limitado campo de justiciabilidad que éste contiene.

Solamente una decisión definitiva, o una que resulte equiparable a tal, emitida por el Senado de la Nación, constituido como tribunal de enjuiciamiento político, puede ser objeto de revisión judicial por la vía del recurso extraordinario (Fallos: 318:219), recaudo que se halla configurado en el caso, en el que se discuten las atribuciones de ese órgano y la inviolabilidad del derecho de defensa, por lo que la decisión de aquél, que es, a estos efectos, equiparable a un tribunal de justicia, habilita la instancia de excepción.

No es dudoso que cualquier menoscabo al mentado derecho que originara la acusación formulada por la Cámara de Diputados, sería susceptible de ser reparado por el 'tribunal' de la causa, el Senado; o bien podría llegar a perder toda entidad jurídica en la hipótesis de un posterior pronunciamiento absolutorio.

Las resoluciones de ese órgano del Congreso, dictadas no habilitarían, p durante la sustanciación del juicio, por ende, la instancia del art. 14 de la ley 48, a excepción de las que pudieran irrogar agravios de entidad proporcionada a las de un 'fallo' de condena, o sea, de imposible reparación ulterior.

Empero, tal equiparación de los autos interlocutorios del juicio político a definitivos en los alcances de la norma últimamente citada, exigirá, en todo trance, una apreciación severa y restrictiva, a fin de no contradecir los fines perseguidos por la Constitución mediante la determinación del órgano especialmente competente en el trámite del enjuiciamiento: el Senado" (cons. 8°, del voto cit., pp. 228/229, énfasis añadido).

Desde esta perspectiva, entonces, considero que la resolución apelada, que puso fin al juicio previsto en los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución Nacional y dispuso destituir de su cargo al magistrado sometido a proceso, reviste el carácter de sentencia definitiva, en los términos del art. 14 de la ley 48, según la jurisprudencia de la Corte.

Despejadas tales cuestiones, es el momento de examinar si, por medio del recurso interpuesto, el apelante logra demostrar que durante el desarrollo del juicio que culminó con su destitución del cargo, se produjeran irregularidades que vicien irreparablemente el procedimiento, es decir, si en los términos que la doctrina del Tribunal antes aludida, aquéllas atentan de modo sustancial contra las garantías de defensa enjuicio y el debido proceso.

- IV -

Cabe entonces examinar los agravios vertidos en el recurso extraordinario. El primero de ellos, que se refiere a que el Jurado de Enjuiciamiento no podía evaluar hechos que habría examinado el Senado al prestar acuerdo para la designación del doctor R. como camarista federal, debe ser, e mi juicio, desestimado, pues surge de las pruebas que el acuerdo fue emitido el 24 de marzo de 1993 sin que se hubieran presentado impugnaciones ni observaciones. En efecto, para esa fecha las reuniones de la Comisión de Acuerdos y las sesiones del plenario del Senado de la Nación respecto del tratamiento de pliegos eran de carácter secreto (fs. 44 del cuaderno de prueba de la acusación), y por otro lado, en ningún momento el recurrente probó que el órgano legislativo haya conocido las actuaciones y omisiones por las que se le imputó mal desempeño. En este sentido, el Jurado de Enjuiciamiento evaluó, al tener en cuenta las declaraciones testimoniales de los entonces senadores Ricardo Laférriere y Alicia Saadi que “el Honorable Senado de la Nación, al momento de conceder el acuerdo para la designación del doctor O. I. R. R. como juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza el 24 de marzo de 1993, no conoció en plenitud los hechos que aquí se le endilgan. De modo que el presente proceso de enjuiciamiento no implica un avance sobre la designación efectuada por el Poder Ejecutivo con el acuerdo del Senado, conforme a los recaudos exigidos por la Constitución Nacional, y, en consecuencia, no se contradice la doctrina de este Cuerpo que veda la revisión de una decisión de los poderes del Estado cuando ha sido efectuada en los límites de sus facultades constitucionales, con la finalidad de no lesionar la división de poderes”. En estas condiciones no puede sostenerse que el acuerdo del Senado impida la dilucidación de la conducta cuestionada pues ello implicaría asegurar la impunidad de un magistrado por los delitos de lesa humanidad que se le atribuyen y el desamparo de las víctimas y generaría un grave compromiso de la responsabilidad internacional de nuestro país.

En cuanto al planteo de incompetencia del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación, debido a que, respecto de algunos casos, se tuvo en cuenta la conducta del doctor R. cuando se desempeñaba como fiscal, es claro que ya había sido rechazado el 6 de octubre de 2011 (fs. 1480/1462), y a esa resolución se refirió el jurado en su fallo (considerando 1° y conclusiones 9° y 10°), señalando que al enjuiciarse a aquél como juez de la Cámara federal, el Jurado de Enjuiciamiento era el órgano competente para examinar si reunía las condiciones de idoneidad y vocación democrática necesarias para ese cargo. Entiendo que

el hecho de que se tuvieran en cuenta también sus conductas u omisiones cuando era fiscal subrogante se debe a que con esa evaluación se consideró si, ante el descubrimiento de aquéllas, el doctor R. reunía esas condiciones. Por su parte, el agravio sobre la supuesta invasión de competencias del Ministerio Público no puede admitirse porque, el ser enjuiciado y separado de su cargo, el doctor R. no era fiscal en funciones, Y porque, además, claramente las condiciones para ser fiscal no difieren de las exigidas para ser juez (idoneidad y vocación democrática), razón por la cual su caso podría encuadrar en las causales de destitución de los fiscales previstas en la ley 24.946.

En lo que hace al agravio tardío vinculado a la supuesta prescripción de la posibilidad de enjuiciar políticamente al doctor R., tampoco puede ser acogido pues el proceso de remoción de magistrados se desenvuelve dentro de los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional, le ley 24.937 y el Reglamento de Procedimiento de ese órgano, en los que no se establece prescripción. Es que, debido a la especial naturaleza jurídico política de ese proceso, no parece que corresponda aplicar otros principios, pues en aquél juegan razones institucionales relevantes que conducen a que no se obstaculice, salvo razón legal aplicable, el enjuiciamiento de los magistrados por hechos, actos y omisiones en el ejercicio de sus alias funciones.

Finalmente, en cuanto a la supuesta mutación de los hechos que dieron lugar a la acusación y los que fundaron su remoción, comparto lo afirmado por el Jurado de Enjuiciamiento en cuanto a que no medió en su fallo una ampliación de te base fáctica sobre la que se sustentó la acusación, sino que, antes bien, entre los hechos objeto de imputación que efectuó el Consejo de la Magistratura y los que constituyeron el objeto de la resolución de remoción medió una irrefutable relación de identidad, más allá de la selección y el modo en que se enunció la prueba incorporada a la causa (fs. 1901/vta.), lo cual surge claro, a mi juicio, de la confrontación de los términos de la acusación, según se los transcribió más arriba, y las conclusiones del fallo del jurado (fs. 1850 vta./1854). Por ello, al advertirse que la queja del recurrente solo se basa en una discrepancia en la interpretación de los hechos y valoración de la prueba incorporada al expediente, no existe cuestión federal sustancial que merezca la consideración de V. E. (Fallos: 332:28).

- IV -

De acuerdo a lo expuesto en los acápite precedentes, la falta de demostración en forma clara, inequívoca y concluyente de lesión a las

reglas estructurales del debido proceso en el trámite del juicio político, deriva en que no haya materia federal para la intervención de la Corte por la vía que se intenta.

- V -

Por lo ello, opino que corresponde rechazar la queja. Buenos Aires, 25 de septiembre de 2012. *Alejandra Magdalena Gils Carbó.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2014.

Vistos los autos “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Otilio Ireneo Roque Romano en la causa Otilio Roque Romano s/ pedido de enjuiciamiento”, para resolver sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, mediante sentencia del 15 de diciembre de 2011, resolvió remover al doctor Otilio Ireneo Roque Romano de su cargo de juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, por haber incurrido en la causal constitucional de mal desempeño (fs. 2/42).

Contra dicho pronunciamiento la defensa del Dr. Romano interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 43/56), cuya denegación (fs. 70/74) dio lugar a la presente queja (fs. 78/81).

2°) Que el impugnante invoca la presencia de diversas cuestiones federales que considera aptas para habilitar la instancia del artículo 14 de la ley 48. En este sentido, expresa que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados excedió su competencia al investigar los cargos fundados en la actuación de Romano como fiscal (arts. 53, 115 y 120 de la CN); que la sentencia que dispuso la remoción del magistrado era arbitraria por haber omitido expedirse sobre una cuestión dirimente que fue controvertida por las partes en el debate (arts. 1° y 18 de la CN; 123 y 404, inc. 2°, del CPPN); que el pronunciamiento del jurado violaba el principio de la división de poderes (arts. 1°, 33, 99, inc. 4, de la CN)

al arrogarse el control de los actos válidos de la Cámara de Senadores de la Nación; que la sentencia había mutado los hechos contenidos en la acusación, impidiéndole a la defensa la posibilidad de refutar los nuevos argumentos (art. 18 de la CN); y, por último, que las supuestas omisiones puestas en cabeza del ex magistrado se encontraban prescriptas (fs. 44/56).

3°) Que, en primer lugar, cabe recordar que a partir del precedente “Graffigna Latino” (Fallos: 308:961) para las magistraturas provinciales y con ampliación ulterior en la esfera del poder judicial de la Nación en el caso “Nicosia” (Fallos: 316:2940) y —tras la reforma de 1994— en el caso “Brusa” (Fallos: 326:4816), esta Corte ha sostenido de modo invariable la doctrina según la cual las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados, cuyo trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales, constituyen un ámbito en el que sólo es posible la intervención judicial en la medida en que se aduzca y demuestre inequívocamente por el interesado, la violación de alguno de los derechos o garantías establecidos en el art. 18 de la Constitución Nacional.

4°) Que, desde esta perspectiva, la Corte ha re-conocido la justicia-bilidad de los enjuiciamientos políticos cuando se alega que en éstos se ha producido una real violación del derecho de defensa en juicio; empero, que la aplicación e interpretación de dicho derecho deben ser llevadas a cabo a la luz de la naturaleza del juicio de que se trate, es decir no pueden soslayarse los caracteres del proceso y la materia con el que se lo vincula.

5°) Que, también ha precisado el Tribunal que dada la especificidad del juicio político el criterio de revisión debe ser francamente riguroso. Sólo patentes violaciones a aspectos esenciales del derecho de defensa podrían tener acogida ante estos estrados, siempre que sea acreditado por el recurrente no sólo ello, sino también que la reparación del perjuicio es conducente para variar la suerte del proceso (Fallos: 276:364; 291:259; 292:157, entre muchos otros). Preservadas formalmente las exigencias para que tal derecho pueda ser considerado bajo resguardo en el juicio político, sólo la demostración por parte del interesado de que aquellas formalidades resultan aparentes y encubren un real desconocimiento de dichos requisitos, habilitaría esta instancia revisora federal y extraordinaria (Fallos: 316:2940 y siguientes hasta causa “Faggionato Márquez” (Fallos: 335:686).

6°) Que sobre la base de los lineamientos que surgen de los precedentes mencionados, que demarcan restrictivamente la jurisdicción del Tribunal en asuntos de esta naturaleza, corresponde señalar, en primer lugar, que en la sentencia apelada el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación indicó que había asumido la competencia para conocer en aquellos hechos anteriores al acuerdo del magistrado mediante la resolución dictada a fs. 1480/1482. En dicho pronunciamiento había señalado “*Que el examen de competencia de este Jurado a raíz de la actuación del doctor Romano como fiscal federal importa una cuestión de orden público, así como de derecho, pasible de ser meritada con los elementos incorporados al expediente, por lo cual ha de ser resuelta en esta etapa*”, y que “*Al respecto, corresponde concluir en que dado que el doctor Otilio Ireneo Roque Romano reviste el cargo de juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, por mandato constitucional este Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación es el órgano competente para dirimir, en razón de la conducta enrostrada en la acusación formulada por el Plenario del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, si el nombrado reúne las condiciones necesarias de idoneidad y vocación democrática para desempeñarse en el cargo que actualmente ostenta (art. 115 CN)*”.

Este fundamento estructural del fallo no fue discutido por el apelante, puesto que al desarrollar este motivo de agravio se limita a reiterar los argumentos expuestos con anterioridad (cfr. fs. 1412/1416 del principal y fs. 50 vta./51 vta. de la queja), pero omite confrontar la razón central en que hace pie el jurado para asumir su competencia, cual es que en virtud del cargo de juez que ostentaba en ese momento el acusado, ése era el único órgano con mandato constitucional para examinar, si a raíz de la conducta imputada en la acusación por hechos cometidos con anterioridad en su carácter de fiscal, reunía en la actualidad las condiciones de idoneidad y vocación democrática para el desempeño de su cargo de magistrado del Poder Judicial de la Nación.

7°) Que la postulación del Dr. Romano de que su actuación como fiscal sólo puede ser juzgada por el Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público es constitucionalmente insostenible, y constituye una celada argumentativa. Ello es así, pues dicho Tribunal —creado por ley 24.946— sólo tiene atribuciones respecto de los miembros del Ministerio Público de la Nación, y esta condición no la ostenta el recurrente, que desde 1993 es magistrado del Poder Judicial de la

Nación y, por ende, cuenta con la garantía de inamovilidad prescripta en el art. 110 de la CN, de la que sólo puede ser privado por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

En efecto, si el Dr. Romano fuera sometido a enjuiciamiento, como dice que corresponde, por el Tribunal del Ministerio Público, se verificará una ofensa inmediata a la garantía del juez natural que reconoce a todos los habitantes de la Nación —desde 1853— el art. 18 de la Constitución Nacional; y desde 1994, el art. 8.1. de la CADH, cuya extensión a los juicios políticos ha sido reconocida primero por esta Corte, desde 1987 (caso “Magín Suárez” de Fallos: 310:2845; “Trovatto, Francisco” de Fallos: 321:2339) y después por la Corte Interamericana en el caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, sentencia del 5 de agosto de 2008). Ello sería así, desde el momento en que dicho órgano carece de facultades para remover del cargo a jueces de la Nación. La postulación del recurrente es tan insostenible, que de ser seguida podría llevar a concluir en el absurdo de que un juez actual de la Corte Suprema que hubiese revistado como juez de cámara o como fiscal, podría ser destituido de su condición de miembro de esta Corte no por el Senado de la Nación, sino por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados o por el Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público, si se tratara de faltas cometidas en el ejercicio de dichos cargos desempeñados con anterioridad a las designaciones actuales en la Corte Suprema.

8°) Que, de tal modo, mientras el impugnante continúa mecánicamente pregonando [ateniéndose a un párrafo aislado de la sentencia] que la competencia del jurado sólo puede tener lugar frente al mal desempeño producido en el ejercicio de la función jurisdiccional, el Jurado asumió el conocimiento del caso y el juicio sobre la responsabilidad política del Dr. Romano sobre la base de una dimensión conceptual más amplia de aquella causal de remoción, que fija como objeto del juicio el examen de las condiciones de idoneidad y vocación democrática actuales del magistrado, a raíz de la acusación por conductas cometidas con anterioridad al acuerdo prestado por el Senado, pero conocidas sólo con posterioridad a dicho concordato.

9°) Que, en este sentido, es atinente recordar, que en cuanto concierne a la concurrencia de los presupuestos que dan lugar a la causal de mal desempeño, esta Corte Suprema ha señalado que ni la subsunción de los hechos en las causales de destitución ni la apreciación de

los extremos fácticos o de derecho constituyen materia de pronunciamiento, dado que no se trata de que el órgano judicial convertido en un tribunal de alzada sustituya el criterio de quienes por imperio de la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado (Fallos: 314:1723; 317:1098; 318:2266; 327:4635; 330:725; 331:810, 2156 y 332:2504).

Desde esta rigurosa perspectiva, el recurrente no demuestra que el jurado haya exorbitado sus atribuciones constitucionales, pues la crítica sólo responde a su visión en torno a la posible interpretación conceptual de la causal de mal desempeño contenida en el art. 53 de la CN, mas con ello no desvirtúa la decisión apelada que se basa en la discrecional apreciación del Jurado de Enjuiciamiento, al fijar como presupuesto de su competencia material y subjetiva la conducta imputada por hechos cumplidos por el ex magistrado cuando se desempeñaba en el cargo de fiscal federal.

10) Que en lo atingente a la alegada violación del principio de la división de poderes, el impugnante presenta este motivo de agravio sobre dos perspectivas distintas; por un lado, que el jurado actuó bajo el falso argumento de que el senado no conoció ni evaluó los hechos que constituyen el objeto procesal de este juicio y, por otro, que al arrogarse el control de actos válidos realizados por una cámara del Congreso de la Nación, desconoció las facultades constitucionales otorgadas con carácter exclusivo a dicha autoridad de la Nación.

11) Que, en cuanto respecta al primer aspecto del reclamo, más allá de que el planteo remite al examen de una cuestión de hecho — puesto que se agravia de que el jurado haya tenido por cierto que el Senado de la Nación desconocía las conductas que integran el objeto de este juicio en el momento de concordar la propuesta del Poder Ejecutivo para designar al Dr. Romano como juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza— el recurso se enfrenta con un obstáculo insalvable que determina el fracaso de su pretensión.

12) Que ello es así, puesto que la recurrente a la par de objetar la conclusión del jurado en torno a la circunstancia de hecho que tuvo por probada, sostiene que las conductas atribuidas no son otras que las de la causa penal que se instruye contra Romano en la ciudad de Mendoza —**que mutaron en participación necesaria en delitos de lesa humanidad**—, y se pregunta “*cómo podrían conocer estas impu-*

taciones los Senadores del año 1994, si los hechos fueron denunciados hace poco más de un año atrás...” (ver fs. 53 vta./54 del escrito de interposición del recurso extraordinario).

Esta expresión es un inequívoco reconocimiento del enjuiciado en punto a que el Senado no pudo haber conocido —ni, naturalmente, considerado— acerca de las conductas que conforman el objeto del juicio político, circunstancia que deja sin sustento el planteo de que se trata.

13) Que en cuanto concierne a la objeción constitucional que dirige contra la competencia del jurado para destituir a un juez por hechos acaecidos con anterioridad al acuerdo prestado por el Senado de la Nación para la designación efectuada por el Poder Ejecutivo, cabe recordar que en la sentencia apelada se destaca que el presente proceso de enjuiciamiento no implica un avance sobre las atribuciones puestas en ejercicio por otras autoridades de la Nación para la designación de Romano como juez de cámara, conforme la participación exigida por la Constitución Nacional. Esta conclusión hizo pie en la doctrina establecida por el jurado en la sentencia dictada en la causa n° 20 “Dr. Rubén Omar Caro s/ pedido de enjuiciamiento”, fallo del 15 de agosto del 2006, reiterada en la causa n° 29 “Doctor Luis Francisco Miret s/ pedido de enjuiciamiento”, fallo del 11 de marzo de 2011, que veda la revisión de una decisión de los poderes del Estado cuando ha sido efectuada en los límites de sus facultades constitucionales, con la finalidad de no lesionar la división de poderes.

14) Que, desde esta comprensión, el Jurado enfatizó que su competencia de ninguna manera pretendía invadir zonas de reserva de otros poderes del Estado, sino de lo que se trataba era de juzgar si los comportamientos que la parte acusadora reprocha a quien ostenta actualmente el cargo de Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza —que correspondían a conductas del pasado, que se expresaban de manera sucinta en la omisión grave de deberes de la función pública y en indiferencia o desprecio frente a graves violaciones de derechos humanos de las que tomaba conocimiento— formaban convicción sobre una persona que carece o que ha perdido los valores morales y constitucionales que conforman la idoneidad de un juez de la Nación, de modo tal de comprometer gravemente por razones de deshonra el servicio de justicia.

Sobre esa base, el jurado consideró que el ejercicio de su jurisdicción no implicaba un avance sobre la designación efectuada en los términos del art. 99, inc. 4°, de la Constitución Nacional.

15) Que, como puede observarse, el Jurado de Enjuiciamiento fijó expresamente como límite del ejercicio de su jurisdicción la existencia de identidad entre los hechos que conforman la acusación y aquellos efectivamente tratados por el órgano legislativo en la oportunidad que prevé el art. 99, inc. 4, de la Constitución Nacional, restricción que no se verificaba en el sub lite con arreglo al desarrollo argumentativo efectuado por el Jurado con sustento en el examen de pruebas y de circunstancias de hecho demostradas en la causa.

16) Que, por su parte, si bien el planteo del recurrente se encuentra orientado a que el Tribunal examine aquí si se ha desvirtuado el objeto procesal del enjuiciamiento previsto por el art. 115 de la Constitución Nacional, al constituirse en una vía elíptica de revisar actos cumplidos por los otros Poderes del Gobierno Federal [**como son el Poder Ejecutivo en la designación y el Senado de la Nación en el acuerdo**] en ejercicio de atribuciones privativas reconocidas con sustento en el principio republicano de separación de poderes, el recurso adolece de notorias deficiencias de fundamentación en la construcción de su reclamo que conspiran contra su procedencia.

Ello es así, pues como ya ha sido señalado, la competencia del Jurado de Enjuiciamiento fue fijada en torno al juzgamiento de la causal de mal desempeño prevista en el artículo 53 —en función del 115— de la Constitución Nacional, cuyo contenido fue explicitado por aquel órgano al pronunciarse a fs. 1480/1482 y reiterado en la sentencia apelada (fs. 2/42, punto 4°); de modo que, desde esta comprensión, las alegaciones en contrario que formula el apelante para invocar la afectación de la división de poderes, no guardan relación con los antecedentes de la causa, pues la crítica se construye sobre la base de una premisa distinta, cual es que el jurado no era competente para conocer en los hechos descriptos en la acusación.

17) Que, por otra parte, el recurrente sostiene su agravio mediante aseveraciones meramente dogmáticas y no refuta los argumentos de la sentencia apelada —**ni la de los precedentes “Caro” y “Miret”, a los que remite el fallo**—, donde se demarca el límite de las facultades constitucionales del jurado en el ejercicio de sus funciones, en

resguardo, precisamente, de las zonas de reserva de los poderes del Estado Nacional.

En este sentido, en el caso “Miret” el jurado con particular énfasis había sostenido que “...*si bien este órgano posee facultades para juzgar conductas previas al acuerdo, cuanto tales hechos fueron conocidos por el Senado y, no obstante, prestó al magistrado acuerdo para el cargo del cual hoy se pretende su remoción, ‘va de suyo que este Jurado se ha de encontrar impedido de abocarse a su tratamiento pues este Cuerpo carece de la potestad de revisar las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta para los poderes del Estado para la designación de los jueces’ —doctrina del Jurado en la causa “Caro, Rubén Omar s/pedido de enjuiciamiento”, fallo del 15 de agosto de 2006—*”.

18) Que, desde esta perspectiva, y al consentir la defensa que los hechos del enjuiciamiento no fueron conocidos por el Senado al momento de prestar el acuerdo para la designación del magistrado, el recurrente no demuestra cuál sería concretamente la interferencia de la autoridad puesta en ejercicio en el sub lite por el Jurado de Enjuiciamiento, por sobre la autoridad desempeñada por el Senado de la Nación en oportunidad de otorgar el acuerdo para la designación de Romano en el cargo del que ahora se lo destituye, frente a la disparidad de las circunstancias fácticas consideradas y juzgadas por ambos órganos en ejercicio de sus respectivas facultades privativas.

19) Que en las condiciones expresadas, puede advertirse que el Jurado de Enjuiciamiento ha sido muy cuidadoso a la hora de fijar el límite de sus atribuciones para no interferir —precisamente— en el ámbito de competencia de otros órganos del Gobierno Federal. Sin embargo, el recurrente —sin rebatir aquellos argumentos— afirma dogmáticamente que el jurado realizó tareas de revisión, control o revalidación del acuerdo prestado por el Senado para la designación del magistrado. Incluso refiere que el jurado desbordó sus facultades al cerciorarse de que los hechos no hubiesen sido conocidos por el Senado.

En este punto, las apodícticas aseveraciones del apelante son insuficientes para desvirtuar la fundada interpretación del jurado sobre el alcance de sus atribuciones constitucionales, y no demuestra una eventual superposición de funciones de las distintas autoridades

federales que tuvieron a su cargo, respectivamente, el acuerdo para la designación y la ulterior destitución del magistrado, realizadas tras la consideración y juicio de circunstancias de hecho absolutamente disímiles.

De ahí, pues, que corresponde la desestimación de este planteo como motivo de agravio federal.

20) Que en cuanto concierne al agravio que el recurrente pretende someter a revisión de esta Corte como de carácter federal, con base en la invocación de la afectación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y de debido proceso, al haberse mutado en la sentencia —**según su juicio**— los hechos contenidos en la acusación, el recurso sólo traduce sus subjetivas discrepancias con el examen de los hechos —y su **encuadramiento dentro de las causales de mal desempeño**— que el órgano encargado de su enjuiciamiento consideró conducentes para formar su convicción acerca de la conducta que se atribuyó al apelante y que motivó su destitución.

En este sentido, el escrito de presentación del remedio federal extraordinario carece de un desarrollo eficiente que permita otorgarle el carácter de autónomo, en la medida que no demuestra cómo se configuraría la relación directa e inmediata entre los dispositivos constitucionales señalados y la materia sentenciada. Luce patente que el interesado no ha demostrado en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo a las reglas del debido proceso, que asimismo exhiba relevancia bastante para hacer variar la suerte de la causa (Fallos: 316:2940 y sus citas; entre otros).

Ello es así, puesto que las críticas aisladas en torno a la valoración de circunstancias de hecho que el apelante dirige contra la sentencia del a quo son insuficientes para demostrar, con el rigor que es necesario en esta clase de asuntos, que en este proceso eminentemente político de remoción de un magistrado se ha violado la garantía de la defensa en juicio y que esta lesión irroge un perjuicio a derechos jurídicamente protegidos.

21) Que, cabe reiterar aquí, que ni la subsunción de los hechos en las causales de destitución ni la apreciación de los extremos fácticos o de derecho constituyen materia de pronunciamiento dado que no se trata de que el órgano judicial convertido en un tribunal de alzada sus-

tituya el criterio de quienes por imperio de la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado (Fallos: 314:1723; 317:1098; 318:2266 y 327:4635).

22) Que, por último, corresponde señalar que en oportunidad de interponer el recurso extraordinario la recurrente postula que las supuestas omisiones puestas en cabeza del ex magistrado estarían prescriptas, puesto que el principio de racionalidad de los actos de gobierno y la atribución de juzgar administrativamente sucesos ocurridos hace más de treinta y cinco años repugnaba de modo palmario el deber consagrado en el art. 1° de la Constitución Nacional.

23) Que esta defensa, a más de lucir notoriamente infundada al no realizarse ningún desarrollo argumentativo que permita demostrar la viabilidad de la aplicación de un instituto de naturaleza penal en el marco del enjuiciamiento previsto en el art. 115 de la CN, se erige como el fruto de una reflexión tardía, ya que al formular el planteo de prescripción únicamente en oportunidad de interponer el recurso extraordinario, omitió la intervención del tribunal juzgador en cuyas manos la Ley Suprema ha puesto la atribución de pronunciarse sobre todas las cuestiones inherentes a la acusación.

En las condiciones expresadas, es de aplicación la tradicional doctrina de esta Corte que excluye de la competencia apelada que regla el art. 14 de la ley 48 a las cuestiones que, por la conducta discrecional del apelante, fueron deliberadamente sustraídas del conocimiento de los tribunales de la causa. Y, naturalmente, tampoco puede discutirse a esta altura, que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación debe ser calificado como un órgano de esa naturaleza, pues así se lo ha encuadrado a fin de permitir la revisión judicial de lo actuado (Fallos: 318:514, antes citado; doctrina del precedente “Boggiano” publicado en Fallos: 329:3235, considerandos 18 y 19 del voto de la mayoría a los que adhirió el conjuer Leal de Ibarra, considerando 22 del conjuer Tazza; causa S.688.XLV “Solá Torino, José Antonio s/ pedido de enjuiciamiento - causa n° 27/2009”, sentencia del 23 de noviembre de 2010, considerando 3° “in fine”).

En consecuencia, frente a la tardía introducción del planteo corresponde su desestimación.

24) Que, en definitiva, el doctor Romano fue imputado por cargos definidos en base a una conducta descrita con precisión; tuvo las oportunidades procesales para ejercer su defensa mediante descargo, recusaciones y ofrecimiento de prueba; su conducta fue evaluada con arreglo a los recaudos legalmente contemplados, y destituido por el órgano en cuyas exclusivas manos la Constitución Nacional depositó la atribución ejercida de juzgar la responsabilidad política de los magistrados del Poder Judicial de la Nación, mediante una decisión que estimó acreditada la causal típicamente reglada de mal desempeño. En estas condiciones y ausente la demostración en forma nítida, inequívoca y concluyente de la lesión a las reglas estructurales del debido proceso, no hay materia federal que habilite la intervención de esta Corte en el marco de los rigurosos límites de su competencia que, para asuntos de esta naturaleza, le imponen los arts. 31, 116 y 117 de la Constitución Nacional, y el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 330:725, 331:2156).

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos principales.

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

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI
Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que los infrascritos concuerdan con los considerandos 1° y 2° del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

3°) Que, en primer lugar, cabe recordar que a partir del precedente “Graffigna Latino” (Fallos: 308:961) para las magistraturas provinciales y con ampliación ulterior en la esfera del Poder Judicial de la Nación en el caso “Nicosia” (Fallos: 316:2940) y —tras la reforma de 1994— en el caso “Brusa” (Fallos: 326:4816), esta Corte ha sostenido de modo invariable la doctrina según la cual las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados, cuyo

trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales, constituyen un ámbito en el que solo es posible la intervención judicial en la medida en que se aduzca y demuestre por el interesado, la violación de alguno de los derechos o garantías establecidos en el art. 18 de la Constitución Nacional.

4°) Que por iguales razones de brevedad, se remite a los desarrollos argumentativos efectuados en los considerandos 4° a 19 del voto mencionado, que forman parte del presente.

20) Que en cuanto concierne al agravio que el recurrente pretende someter a revisión de esta Corte como de carácter federal, con base en la invocación de la afectación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y de debido proceso, al haberse mutado en la sentencia —según su juicio— los hechos contenidos en la acusación, el recurso solo traduce sus subjetivas discrepancias con el examen de los hechos —y su encuadramiento dentro de las causales de mal desempeño— que el órgano encargado de su enjuiciamiento consideró conducentes para formar su convicción acerca de la conducta que se atribuyó al apelante y que motivó su destitución.

En este sentido, el escrito de presentación del remedio federal extraordinario carece de un desarrollo eficiente que permita otorgarle el carácter de autónomo, en la medida que no demuestra cómo se configuraría la relación directa e inmediata entre los dispositivos constitucionales señalados y la materia sentenciada. Luce patente que el interesado no ha demostrado un menoscabo a las reglas del debido proceso, que asimismo exhiba relevancia bastante para hacer variar la suerte de la causa (Fallos: 316:2940 y sus citas; entre otros).

Ello es así, puesto que las críticas aisladas en torno a la valoración de circunstancias de hecho que el apelante dirige contra la sentencia del a quo son insuficientes para demostrar, con el rigor que es necesario en esta clase de asuntos, que en este proceso eminentemente político de remoción de un magistrado se ha violado la garantía de la defensa en juicio y que esta lesión irroque un perjuicio a derechos jurídicamente protegidos.

21) Que también forman parte de este voto los considerandos 21 a 23 del voto que encabeza este pronunciamiento, a los que se remite.

24) Que, en definitiva, el doctor Romano fue imputado por cargos definidos en base a una conducta descrita con precisión; tuvo las oportunidades procesales para ejercer su defensa mediante descargo, recusaciones y ofrecimiento de prueba; su conducta fue evaluada con arreglo a los recaudos legalmente contemplados, y destituido por el órgano en cuyas exclusivas manos la Constitución Nacional depositó la atribución ejercida de juzgar la responsabilidad política de los magistrados del Poder Judicial de la Nación, mediante una decisión que estimó acreditada la causal típicamente reglada de mal desempeño. En estas condiciones y ausente la demostración de la lesión a las reglas estructurales del debido proceso, no hay materia federal que habilite la intervención de esta Corte en el marco de los rigurosos límites de su competencia que, para asuntos de esta naturaleza, le imponen los arts. 31, 116 y 117 de la Constitución Nacional, y el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 330:725; 331:2156; causas S.374.XLIV. “Salvado de Sotelo, Graciela Brígida Candelaria s/ causa n° 428/07”, sentencia del 12 de mayo de 2009, voto de los jueces Lorenzetti y Fayt; M.346.XLIV. “Molina de Alcázar, Graciela s/ amparo.”, sentencia del 20 de octubre de 2009, voto del juez Lorenzetti y Fallos: 332:2504 “Trova, Facundo Martín”, voto de los jueces Lorenzetti y Fayt).

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT.

Recurso de hecho interpuesto por la Dra. Estela Sandra Fabiana León, Defensora Oficial de Otilio Ireneo Roque Romano.

Tribunal de origen: **Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación.**

Intervino la Procuradora General de la Nación: **Dra. Alejandra Gils Carbó.**

SISNERO, MIRTHA GRACIELA Y OTROS C/ TALDELVA SRL Y
OTROS S/ AMPARO

ACTOS DISCRIMINATORIOS

Cabe dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión que había admitido la demanda de amparo y ordenado el cese de la discriminación por razones de género, disponiendo que las empresas de transporte público demandadas deberían contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes, pues al concluir el a quo en que no se había acreditado un acto discriminatorio, no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni respetó los criterios del Tribunal en materia de cargas probatorias, por lo que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular.

ACTOS DISCRIMINATORIOS

Para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de los 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 si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación Entre Mujeres (FEM) presentaron una acción de amparo colectivo contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y las siete empresas operadoras de SAE-

TA que tienen a su cargo los ocho corredores del transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta. Estas empresas son: Tadelva S.R.L.; Ahynarca S.A.; Alto Molino S.R.L.; Ale Hnos. S.R.L.; U.T.E. Lagos S.R.L. y San Ignacio S.R.L.; U.T.E. Conevial S.A., Conipa y Transal S.R.L.; y El Cóndor S.A. (fs. 203 del expediente principal agregado, al que me referiré en adelante salvo aclaración en contrario).

Las actoras interpusieron dos pretensiones, una de carácter individual y otra de carácter colectivo. En relación con la pretensión individual, alegaron la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la señora Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto. En relación con la pretensión colectiva, fundaron la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de SAETA. A partir de ello solicitaron (i) el cese de la discriminación por razones de género, (ii) la incorporación de Mirtha Sisnero como chofer de colectivo y (iii) el establecimiento de un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres, hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas operadoras de SAETA (fs. 203 y 203 vta.).

SAETA y AMT opusieron excepciones de falta de legitimación pasiva, que fueron acogidas sin que esta resolución fuera apelada, por lo que ha quedado firme (fs. 626).

La sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala V, de la Ciudad de Salta, hizo lugar a la demanda y ordenó el cese de la discriminación por razones de género. Resolvió que las empresas deberán contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes. Dispuso que la AMT deberá confeccionar una lista de todas las postulantes mujeres que cumplan los requisitos de las leyes y ordenanzas vigentes -con Mirtha Sisnero ubicada en primer lugar-, y que, en caso de que alguna de las empresas demandadas viole lo dispuesto, deberá abonarle a la primera mujer de la lista un salario idéntico al del chofer de mejor remuneración (fs. 534 vta. y 535).

Contra esta sentencia, las empresas interpusieron recurso de apelación (fs. 558). La Corte de Justicia de Salta identificó “síntomas discriminatorios en la sociedad” y observó que “basta detenerse en cualquier parada de colectivos para relevar la nula presencia

de mujeres conduciendo estos móviles” (fs. 629). No obstante, revocó la sentencia por considerar que “no se configuró el presupuesto para que prospere el pedido de una orden de cese de discriminación” (fs. 628 vta.). Sostuvo que para tener por configurado un caso de discriminación, la señora Sisnero debió acreditar que contaba con la idoneidad requerida para cubrir el puesto laboral pretendido y que, en igualdad de condiciones, las empresas demandadas habían preferido a otro postulante por el mero hecho de ser hombre (fs. 627). La Corte de Justicia de Salta agregó que la mera omisión de responder a las reiteradas solicitudes de trabajo de Mirtha Sisnero era insuficiente para tener por configurado un supuesto de discriminación porque las empresas no tenían ningún deber constitucional de responderle (fs. 626 vta. y 627). Sin perjuicio de esto, intimó a las demandadas a presentar ante la AMT los requisitos que exigen para la contratación de choferes, y exhortó al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo provincial a emitir las normas necesarias para modificar los patrones socioculturales de discriminación (fs. 631 vta. y 632).

- II -

Contra esa sentencia interpusieron recurso extraordinario federal Mirtha Sisnero y FEM (fs. 662). Argumentan que la sentencia recurrida es contraria al derecho federal que invocan, a saber, la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso al trabajo (artículos 14, 16, 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). Sostienen, a su vez, que es arbitraria porque no tuvo en cuenta prueba aportada por las actoras. En especial, una resolución del Concejo Deliberante de la Ciudad de Salta que acredita que la búsqueda se remonta al menos a una fecha anterior al 12 de junio de 2008 (fs. 20 y 21). Finalmente, alegan que la Corte de Justicia de Salta prescindió de los informes que contienen el listado de personal de las empresas demandadas, de los que surge que, luego de la presentación de la señora Sisnero, contrataron un número considerable de hombres para desempeñarse como choferes, sin siquiera haberla convocado para evaluar su idoneidad.

La Corte de Justicia de Salta denegó el recurso extraordinario (fs. 704) por considerar, en relación con los aspectos formales, que no está dirigido contra una sentencia definitiva, y, en cuanto a los agravios planteados, que las actoras no probaron que haya habido un caso de discriminación. Mirtha Sisnero y FEM interpusieron recurso de queja por recurso extraordinario federal denegado.

- III -

El recurso extraordinario es admisible porque en él se cuestiona la inteligencia del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación —consagrado en los artículos 16, 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2, 3, 4, 5 y 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer- y la decisión recurrida es contraria a la validez del derecho que las actoras fundan en esas normas (artículo 14, inciso 3º, de la ley 48). La atribución de arbitrariedad al pronunciamiento impugnado está unida inescindiblemente a la cuestión federal planteada. Ambos agravios serán tratados, por ello, conjuntamente (cf. Fallos: 321:703; 321:2764; 330:2206).

El tribunal superior provincial ha denegado el recurso, en parte, sobre la base de la doctrina de la Corte Suprema según la cual las sentencias que rechazan una acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria no son, en principio, sentencias definitivas en el sentido del artículo 14 de la ley 48 (cf. Fallos: 311: 1357; 330:4606).

La Corte Suprema, sin embargo, ha hecho excepción de esa doctrina declarando formalmente admisibles recursos extraordinarios en casos similares a éste (cf. Fallos: 329:2986; 331:1715). También ha equiparado las sentencias que rechazan una acción de amparo a las definitivas cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior en virtud de que -como ocurre en las presentes actuaciones- las instancias anteriores ya resolvieron sobre el fondo del asunto, volviendo ilusoria la posibilidad de que la actora pueda acudir a otra vía procesal (cf. “Federación Argentina de Colegios de Abogados”, F.75.XLIV, del 10 de abril de 2012, Dictamen del Procurador General de la Nación, Sección III, al que V.E. se remitió).

Por ello, opino que debe ser acogida la queja y declarado admisible el recurso extraordinario interpuesto.

- IV -

En estas actuaciones, está en juego la determinación del alcance del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres en el ámbito de la selección de personal para ocupar puestos de trabajo. A su vez, se debate qué obligaciones generan esos derechos en las empresas demandadas -que agotan el mercado correspon-

diente al servicio de transporte público de pasajeros en la ciudad de Salta- en el contexto de un mercado laboral segregado en perjuicio de las mujeres.

Mirtha Sisnero es una mujer salteña que quiere trabajar como chofer de colectivos. Con ese objetivo, completó todos los trámites reglamentarios exigidos para desempeñarse como tal, incluidos los cursos y exámenes correspondientes para obtener la licencia para conducir transportes urbanos “D.23” en la Ciudad de Salta. Desde el 14 de marzo de 2008, cuenta además con el carnet “D.24” que la habilita como chofer de transporte interurbano y de larga distancia (cf. Informe de la oficina de licencias de conducir que obra a fs. 450).

Desde hace más de cinco años, la señora Sisnero ha intentado, activa pero infructuosamente, ser contratada como chofer en alguna de las siete empresas operadas por SAETA. Se presentó para solicitar trabajo ante las siete empresas demandadas, solicitó la mediación de SAETA (fs. 18), denunció su caso y solicitó la intervención de distintos funcionarios provinciales y nacionales (fs. 22 a 30, entre otras), así como del Concejo Deliberante de la Ciudad de Salta, y radicó una denuncia ante el Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI) (fs. 155).

A partir de estas gestiones, el 12 junio de 2008, el Consejo Deliberante salteño sancionó la Resolución 138 mediante la cual requirió a las empresas de transporte que concedan a la señora Sisnero y a cualquier otra mujer que lo desee “igualdad de oportunidades en el acceso al oficio de chofer de colectivos”, solicitó “el cese inmediato de cualquier acto de discriminación” y dispuso notificar a cada una de las empresas demandadas mediante el envío de una copia (fs. 20 y 21).

El 29 de diciembre de 2008, Mirtha Sisnero reiteró el pedido para ser contratada como chofer ante las empresas demandadas, al que adjuntó su currículum vitae y fotocopia del carnet de conducir habilitante (fs. 37 a 43). En febrero de 2009, intimó a cada una de las empresas demandadas para que adopten medidas de acción positiva en aras de asegurar un número equitativo de hombres y mujeres en el plantel de choferes, y dispongan su incorporación como chofer (fs. 72 a 154). La señora Sisnero no obtuvo respuesta.

Por otro lado, de las nóminas de empleados incorporadas al expediente surge que en las empresas demandadas no hay mujeres contratadas como chofer de colectivos (fs. 232 a 234, El Cóndor S.A.; fs. 257, Tadelva S.R.L.; fs. 270, Alto Molino. S.R.L.; fs. 279 y 280 Ahynarca S.A.; fs. 292, San Ignacio S.R.L.; fs. 293 Lagos S.R.L.; fs. 294 Ale Hnos. S.R.L.;

fs. 296 Transal S.R.L.). A su vez, está probado que con posterioridad al 12 de junio de 2008, fecha de la citada resolución del Consejo Deliberante, todas las empresas demandadas continuaron contratando exclusivamente hombres para desempeñarse como choferes (fs. 257 y fs. 379, Tadelva S.R.L.; fs. 272 y 389 vta. Alto Molino S.R.L.; fs. 292, San Ignacio S.R.L.; fs. 293, Lagos S.R.L.; fs. 294, Ale Hnos. S.R.L.; fs. 361 y 362, Transal S.R.L.; fs. 366, El Cóndor S.A.; fs. 51, 52 y 53 del expte. 261.463/09, Ahynarca S.A.). Ello se ve corroborado por el informe aportado por la AMT del que surge que algunas de esas empresas continuaron contratando exclusivamente choferes hombres aun luego de iniciado este juicio (fs. 51, 52 y 53 del expte. 261.463/09 agregado).

Las múltiples gestiones realizadas derivaron en que tanto el Ministro de Trabajo de la provincia de Salta (fs. 409) como la Responsable del Area Municipal de la Mujer (fs. 317) efectuaran recomendaciones a las autoridades de transporte o a las empresas operadoras de SAETA en favor de la señora Sisnero.

Asimismo, el reclamo encarado ha recibido múltiples adhesiones de organizaciones de la sociedad civil y de la Universidad Nacional de Salta (fs. 349) y ha sido objeto de varios amicus curiae, entre ellos del INADI, a lo largo del expediente (obran por cuerda separada como anexo).

- V -

El derecho a la igualdad y a la no discriminación está consagrado en los artículos 16 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este derecho implica que el Estado no puede tener en su ordenamiento regulaciones discriminatorias, pero, además, que debe asumir una actitud activa para combatir las prácticas discriminatorias (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 88). Pues, la discriminación no sólo se produce cuando existen normas o políticas que excluyen a un determinado grupo, sino también por comportamientos que puedan tener efectos discriminatorios.

En principio, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima corresponde analizar su razonabilidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 89; Fallos: 332:433, considerando 5°), esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si esa distinción es un medio adecuado para alcanzar esos fines (Fallos: 327:3677, considerando 12°). Sin embargo, cuando las diferencias de trato están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” -como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa, o el origen social

o nacional- corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (cf. Fallos: 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433; y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecida en precedentes tales como “United States v. Carolene Products Co.” 304 U.S. 144, del 25 de abril de 1938, en particular, pág. 152, n. 4; “Toyosaburo Korematsu v. United States” 323 U.S. 214, del 18 de diciembre de 1944; y “Graham v. Richardson” 403 U.S. 365, del 14 de junio de 1971, y sus citas). En estos casos, se invierte la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (Fallos: 332:433, considerando 6° y sus citas).

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad. Desde este punto de vista, el género constituye una categoría sospechosa.

La discriminación en razón del género está prohibida en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional (artículos 37, y 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional; 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). Esta extensa protección responde al hecho de que las relaciones de poder entre hombres y mujeres han sido históricamente desiguales. Si bien se produjeron grandes cambios en las últimas generaciones, las mujeres siguen siendo hoy un grupo desaventajado frente a los hombres en múltiples contextos (Preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer, entre otros).

La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer consagra de forma expresa el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar el derecho a las mismas oportunidades (artículo 11; en igual sentido, Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo).

- VI -

La obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. Y se extiende tanto respecto de aquéllos casos en que la situación discriminatoria es el resultado de las acciones y omisiones de los poderes públicos como cuando es el resultado del comportamiento de los particulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 104). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer advirtió que los Estados parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer deben garantizar, a través de los tribunales competentes y de la imposición de sanciones u otras formas de reparación, que la mujer esté protegida contra la discriminación cometida tanto por las autoridades públicas como por las organizaciones, las empresas y los particulares (Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, párr. 7).

En el marco de las relaciones laborales, la Corte Interamericana ha resaltado que “los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párrs. 139). En el mismo sentido, desde su antigua jurisprudencia la Corte Suprema ha afirmado: “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” [...] esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad” (Fallos: 241:291, considerando 3).

- VII -

En el contexto normativo descripto, cuando una persona -como Mirtha Sisnero- solicita ser empleada en una posición laboral cuyo mercado se encuentra absolutamente segregado sobre la base de una categoría sospechosa a la que ella pertenece, su derecho constitucional a la igualdad hace pesar sobre la decisión de no contratarla una presunción de invalidez que deberá ser desvirtuada por el empleador. Para desvirtuar esa presunción las empresas demandadas debían acreditar que la exclusión de la señora Sisnero respondía a un fin legítimo, y que la diferencia de trato en perjuicio de la actora era el medio menos restrictivo para alcanzarlo.

En este caso, las empresas demandadas no revirtieron esa presunción. Por el contrario, el comportamiento de las empresas consistió en

ignorar sistemáticamente la postulación de la señora Sisnero quien ni siquiera fue convocada a una entrevista para competir por los puestos en los que, finalmente, contrataron hombres. De este modo, no han evaluado siquiera su idoneidad para el cargo. Este comportamiento se mantuvo, incluso, luego de que el Consejo Deliberante salteño adoptó la Resolución 138 que advirtió a las empresas sobre la existencia de un estereotipo discriminatorio y la situación particular de Sisnero, y, en algunos casos, durante el trámite del juicio de amparo.

Por otra parte, la defensa planteada por las empresas demandadas con relación a la falta de experiencia en el ejercicio de ese oficio por parte de la actora tampoco desvirtúa la presunción de invalidez. En efecto, dicha falta de experiencia se produce, justamente, a raíz del estereotipo de género que las ha excluido históricamente del oficio de chofer de colectivos. La justificación de cualquier decisión de contratación en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de estereotipos y nociones fijas y arcaicas acerca de los roles y las habilidades de los hombres y las mujeres (cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Mississippi University for Women v. Hogan", 458 U.S. 718, del 1° de julio de 1982, sección II y sus citas).

Por último, cabe notar que exigir -como hace la sentencia recurrida- la constatación de un motivo discriminatorio explícito ofrecería una protección demasiado débil del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación, ya que volvería casi imposible la acreditación de que se configuró un caso de discriminación. Como lo ha destacado la Corte Suprema, los prejuicios discriminatorios dominantes operan normalmente de modo inconsciente en el comportamiento de los individuos. Cuando figuran entre los motivos conscientes que guían la acción de las personas, éstas normalmente lo ocultan, disfrazando el prejuicio con el ropaje de otras razones aparentes (Fallos: 334:1387, considerando 9°).

Por lo tanto, las empresas demandadas no han cumplido con la carga de desvirtuar la presunción de ilegitimidad que pesaba sobre la política de contratación aquí cuestionada, que implica una diferencia de trato basada en una categoría sospechosa. Esto permite tener por acreditada una violación del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de la señora Sisnero. Como consecuencia, las empresas deberán considerar su postulación en la próxima vacante como chofer. En tal oportunidad, a la hora de evaluar su idoneidad, y aceptar o rechazar su postulación, deberán ajustar su comportamiento a las pautas descriptas.

- VIII -

Ahora bien, el caso bajo análisis también revela la violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación en una dimensión colectiva, que excede el interés particular de la señora Sisnero como afectada directa. Esta afectación es la que funda la pretensión colectiva introducida en la demanda.

En efecto, el comportamiento de las empresas demandadas, en cuanto contribuye a mantener un mercado laboral sesgado por un estereotipo de género, proyecta consecuencias disvaliosas cuya reparación no se agota con la subsanación de la discriminación que sufrió la señora Sisnero en particular. Por el contrario, requiere la adopción de otras medidas tendientes a revertir el efecto discriminatorio verificado en la política de contratación de choferes de transporte urbano de pasajeros.

Este estereotipo de género surge con evidencia en el caso pues, de acuerdo a listados de personal obrantes en autos (detallados en el punto IV), las empresas no cuentan con personal femenino en su planta de choferes. Esto se ve reafirmado por la siguiente declaración del titular de la empresa Ale Hnos. S.R.L., que surge de una nota de prensa (agregada a fs. 564): “Esto es Salta turística y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias, sostuvo el empresario, entre risas [...]. Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos”.

El compromiso constitucional con la igualdad importa un rechazo categórico de las instituciones o prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desaventajados, y la obligación -correlativa al derecho de los desfavorecidos por esas prácticas o instituciones- de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales (cf. Owen M. Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5 [1976], págs. 107 ss.; también, *A Community of Equals*, Boston, Beacon Press, 1999; y, en especial, en relación con la discriminación en contra de las mujeres, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrs. 71, 74, 75 y 77, y sus citas). En su faz colectiva, el derecho a la igualdad exige que el mercado laboral cuestionado sea modificado en la dirección de la igualdad e impone a los actores responsables por la conformación de este mercado -entre ellos, los responsables por las contrataciones- el deber correlativo de modificarlo.

- IX -

Esta situación reclama la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican. La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer prevé este tipo de medidas en su artículo 4. El Comité respectivo ha destacado que dichas medidas tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil. En pos de ese objetivo, las medidas pueden consistir en programas de divulgación o apoyo, reasignación de recursos, trato preferencial, determinación de metas en materia de contratación y promoción y sistemas de cuotas (Recomendación General 25, párr. 22). En concreto, el Comité ha recomendado a los Estados que deben hacer mayor uso de medidas especiales de carácter temporal en materia de empleo tendientes a lograr la igualdad (Recomendación general 5 y 25, párr. 18). Asimismo, en sus Observaciones Finales para la Argentina del 16 de agosto de 2010, expresó su preocupación “por la persistencia de la segregación ocupacional” (párr. 35) e instó al Estado a “que adopte todas las medidas necesarias para alentar a la mujer a buscar empleo en disciplinas no tradicionales” (párr. 36).

Por lo tanto, es ineludible que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres en la planta de choferes. Entre tales medidas pueden figurar la realización de campañas y convocatorias dirigidas a las mujeres, el establecimiento de metas progresivas de incorporación de mujeres, el cupo femenino y la difusión de la sentencia. Además, es necesario que desarrollen mecanismos de articulación con la Autoridad Metropolitana de Transporte, a los fines de implementar programas que faciliten la incorporación de la mujer, y para que sean identificados los requisitos de cada empresa para la incorporación de choferes, los mecanismos de convocatoria, los criterios de selección y las vacantes disponibles.

A su vez, tal como lo ha destacado la propia decisión de la Corte de Justicia de Salta, en el caso se ventila un asunto de trascendencia institucional y social que amerita la exhortación a las autoridades públicas. Siguiendo la doctrina de la Corte Suprema (Fallos: 335:197) también corresponde instar a que los poderes ejecutivo y legislativo de la provincia adopten medidas propias dirigidas para revertir la discriminación por género. Entre dichas medidas cabe destacar programas específicos desarrollados al efecto, campañas de infor-

mación y capacitación laboral, la confección de listados y/o registros de mujeres en condiciones de desempeñarse como chofer, así como la puesta en práctica de acciones articuladas con las empresas presadoras del servicio.

- X -

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto y dejar sin efecto la sentencia impugnada a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho. Buenos Aires, 24 de junio de 2013. *Alejandra Magdalena Gils Carbó.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que con relación a los antecedentes de la causa y a la admisibilidad del recurso extraordinario y la queja interpuestas corresponde remitir en razón de brevedad a lo expuesto en los puntos I a IV del dictamen de la señora Procuradora General de la Nación.

2º) Que esta Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 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 Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre los

Derechos del Niño —art. 2°— y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

En particular, en esta última se establece que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar [...] b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección [...] y c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo [...]” (art. 11; en igual sentido, Convenio n° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo).

Asimismo, de conformidad con el art. 2, “e” y “f”, de dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a “Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas [...] y a) adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, *usos y prácticas* que constituyan discriminación contra la mujer” (el resaltado no es del original).

3°) Que, por lo demás, esta Corte ha señalado desde mediados del siglo pasado que “Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad lato sensu carezca de la protección constitucional adecuada [...] por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos” (caso “Kot, Samuel”, Fallos: 241:291, esp. 299).

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, ha señalado que “en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según

la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (idem “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA”, Fallos: 333:2306, esp. 2313/2315).

4°) Que la cuestión debatida en autos consiste en determinar si las empresas de servicios de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta han vulnerado el derecho constitucional de las mujeres en general, y de la actora en particular, a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección, en el caso, a los fines de acceder a un empleo como conductora de colectivos.

Con relación a este punto, el a quo sostuvo que no existía caso en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional, pues no se había demostrado la violación, por parte de las empresas, del derecho a la igualdad de la amparista ni tampoco respecto de otras mujeres.

Sin embargo, en la misma sentencia admitió “la presencia de síntomas discriminatorios en la sociedad” que habrían quedado en evidencia a partir de la ausencia de mujeres entre quienes tienen a su cargo la conducción de colectivos. Sobre esa base, de acuerdo con los compromisos adoptados por nuestro país al aprobar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer y por aplicación de la ley 26.485, consideró que correspondía “tomar medidas apropiadas para lograr la modificación de los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios [...] a fin de garantizar el goce pleno del derecho de igualdad laboral de las mujeres”.

En conclusión, si bien rechazó el amparo en cuanto a la existencia de un acto discriminatorio respecto de Mirtha Sisnero, hizo lugar parcialmente a la demanda “sólo a los fines preventivos, para que en futuras contrataciones se asegure que la postulación de mujeres será analizada por las empresas prestadoras sin tomar en cuenta su condición femenina sino en base a los mismos requisitos que los exigidos a los hombres”. Para ello, resolvió intimar a las empresas demandadas a presentar un informe ante la Autoridad Metropolitana de Transporte en el cual se detallen los requisitos exigidos para la admisión de postulantes de choferes de transporte público.

5°) Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y “la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación” (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°).

Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente 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” (conf. considerando 11).

En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.

Este principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, en el conocido caso “Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green” (fallo del año 1973, publicado en 411 US 792). Esa doctrina continúa siendo aplicada por la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta la actualidad, aunque con ciertos matices (ver 431 US 324, año 1977, 509 US 502, año 1993 y 530 US 133, año 2000). Asimismo, la regla fue adoptada por diversos ordenamientos nacionales e internacionales (ver, en este sentido, citas de Fallos: 334:1387 y Manual de la legislación Europea contra la discriminación, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011).

6°) Que, al concluir que no se había acreditado un acto discriminatorio, la sentencia en recurso no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni tuvo en cuenta los criterios señalados en el anterior considerando.

En efecto, de las constancias de la causa resulta que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso *prima facie* encuadrable en una situación discriminatoria. Así, las diversas pruebas enumeradas en el punto IV del dictamen de la Procuración General y, en particular, las nóminas de empleados incorporadas al expediente y el informe de la Autoridad Metropolitana de Transporte, de los que se desprende que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero.

A su vez, las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero, en particular. Es que este tipo de defensas —que, en definitiva, se limitan a negar la intención discriminatoria— no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable en los términos de la jurisprudencia citada en el considerando anterior. Ello es así, especialmente en este caso, en el cual el propio sentenciante ha reconocido la existencia de lo que dio en llamar “síntomas discriminatorios en la sociedad”, que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos. Un claro ejemplo en esta dirección, por cierto, lo constituyen las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y “entre risas” que “esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias [...] Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...] Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] *no es tiempo de que una mujer maneje colectivos* [...] (cf. entrevista agregada a fs. 564).

7°) Que de lo precedentemente expuesto se desprende que la sentencia no ha respetado los criterios que esta Corte ha establecido en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación como el que aquí se ha planteado, y en consecuencia, corresponde su revocación.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia impugnada con el alcance indicado. Acumúlese la queja al principal. Vuelvan los autos al

tribunal de 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 — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por **Mirtha Graciela Sisnero y otros**, representados por la **Dra. Natalia Buira, Defensora Oficial**.

Tribunal de origen: **Corte de Justicia de la Provincia de Salta**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta**.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE RIO CUARTO c/
CORDOBA, PROVINCIA DE Y OTRO s/ ACCION DECLARATIVA DE
INCONSTITUCIONALIDAD

LEGITIMACION ACTIVA

Cabe rechazar in limine la demanda promovida por la actora en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos de la ley local 9814 -ordenamiento territorial de bosques nativos-, pues la legitimación para accionar que pretende arrogarse la Universidad en ejercicio de una atribución conferida por el art. 30 de la ley 25.675, -recomposición del ambiente dañado- excede las facultades propias de esa entidad autónoma, dado que las razones públicas tiene un campo de actuación limitado por su especialidad.

BOSQUES

Cabe rechazar in limine la demanda promovida en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por la Universidad Nacional de Río Cuarto contra la Provincia de Córdoba, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos de la ley local 9814 -que aprueba el ordenamiento territorial de bosques nativos en la jurisdicción de la demandada-, pues la pretensión de la actora no

reviste las características de la acción de recomposición del ambiente dañado prevista en el artículo 30 de la ley 25.675 -que otorga legitimación para interponerla al afectado, al Defensor del Pueblo, a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, y al Estado Nacional, provincial o municipal-, sino que está orientada a obtener aquélla declaración de inconstitucionalidad.

LEGITIMACION ACTIVA

Cabe rechazar in limine la demanda promovida por la actora, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos de la ley local 9814 -ordenamiento territorial de bosques nativos-, pues no puede considerarse que la demandante revista la condición de “afectado” en los términos de los artículos 43 de la Constitución Nacional y 30 de la Ley General del Ambiente, en la medida en que no ha justificado un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes.

LEGITIMACION ACTIVA

Cabe rechazar in limine la demanda promovida por la actora, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos de la ley local 9814 -ordenamiento territorial de bosques nativos-, dado que la reclamante no puede ampararse en la previsión contenida en la parte final del artículo 30 de la ley 25.675, ya que no puede asumir la gestión de los asuntos ambientales sin invadir las esferas de competencia institucional propias del órgano integrante del Estado Nacional con competencia específica en la materia, conclusión que no se ve alterada por la autonomía universitaria, desde que se encuentra inmersa en el entramado institucional en el universo de las instituciones públicas, es afectada por aquéllas y debe responder a los controles institucionales propios del Estado de derecho.

LEGITIMACION ACTIVA

La existencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio -en el caso determinar si la Universidad demandante está legitimada para promover la acción declarativa de certeza a fin de obtener la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley 9814 de la provincia de

Córdoba que aprueba el ordenamiento territorial de bosques nativos en la jurisdicción de la demandada-, en la medida en que en su ausencia o desaparición no puede ser suplida por la conformidad de las partes o por la sentencia.

LEGITIMACION ACTIVA

De la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar, sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de “causas” (artículo 116 de la Constitución Nacional).

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Universidad Nacional de Río Cuarto -persona jurídica pública estatal nacional- promueve la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la provincia de Córdoba, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 5, 6, 9, 10, 11, 14, 32, 37, 40, 41, 42 y 55 de la ley provincial 9814, que aprueba el ordenamiento territorial de bosques nativos en la jurisdicción de la demandada.

Manifiesta que se encuentra legitimada para iniciar esta acción declarativa en virtud de lo dispuesto por los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y los arts. 30 y 32, segundo párrafo, de la ley nacional General del Ambiente 25.675.

Cuestiona aquella ley en cuanto al establecer las distintas categorías de conservación I, II y III de sus bosques nativos (zonas rojas, amarillas y verdes, respectivamente) permite en áreas de máxima conservación (categoría I) el ejercicio de actividades expresamente prohibidas por la ley nacional de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331, las cuales resultan incompatibles con la finalidad en ella establecida, autorizando así el desarrollo de la actividad minera en todas las categorías (art. 37).

Además, la impugna por no exigir la previa evaluación de impacto ambiental y la instancia de participación para las actividades que enumera como de “aprovechamiento sustentable” (arts. 5° y 6°) y por hacerlo únicamente para los aprovechamientos con cambio de uso de suelo o el desmonte, limitando en este último caso la participación ciudadana sólo a las oportunidades en que la autoridad de aplicación provincial lo considere “pertinente” (arts. 40, 41 y 42).

Arguye, asimismo, que la ley provincial tampoco respeta el criterio de sustentabilidad ambiental establecido en la ley nacional para realizar la categorización de los bosques, estableciendo que las áreas de infraestructura para producción bajo riego y las zonas estratégicas -a las cuales define como los lugares propicios para la explotación agrícola ganadera- deberán ser zonas verdes (categoría III), lo que impide la protección de esas áreas y fomenta, entre otras cosas, el desmonte del bosque nativo (arts. 10, 14 y 32).

Agrega que la ley en su definición de “zonas que conecten masas de bosques nativos” no sólo desconoce los corredores biológicos necesarios para la recuperación de la cobertura boscosa y demás fines de la ley 26.331, sino que la limita a las áreas protegidas y corredores ya reconocidos, lo cual favorece el aislamiento en “parches” de áreas protegidas de jurisdicción nacional o provincial, sin contemplar a los corredores boscosos y riparios que garantizan la conectividad entre ecoregiones y permiten el desplazamiento de determinadas especies (art. 6°). A su vez, al considerar estas últimas dentro de la categoría I (zonas rojas), quedan expuestas a las actividades permitidas por el art. 5°, entre ellas al “aprovechamiento sustentable” según los alcances de su definición legal.

Afirma que todo ello pone en riesgo de extinción las 800.000 hectáreas de bosques nativos que quedan en la región, provocando la pérdida de la biodiversidad, de la productividad forestal, de los servicios ecosistémicos, del hábitat adecuado para las comunidades campesinas y los pueblos originarios, por lo que resulta violatorio de las leyes nacionales 26.331 y 25.675, de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales consagrados en el art. 75, inc. 22.

Solicita, también, la citación como tercero al pleito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, por ser la autoridad de aplicación de la ley nacional de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 10 y 11.

A fs. 40, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

- II -

A mi modo de ver, en atención a la naturaleza de las partes que han de intervenir en el pleito, el *sub lite* corresponde a la competencia originaria de la Corte *ratione personae*.

En efecto, toda vez que la Universidad Nacional de Río Cuarto es una entidad nacional que -como tal- tiene derecho al fuero federal, según lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental -y demanda a la Provincia de Córdoba- a quien le concierne la competencia originaria de la Corte, de conformidad con el art. 117 de la Constitución Nacional, entiendo que la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciando la acción en esta instancia originaria (Fallos: 317:746; 328:3818, entre otros, y causas U.11, L.XLIV, Originario, “Universidad Nacional de Salta c/ Salta, Provincia de -Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Salta s/ acción de amparo” y U.84, L.XLIV, Originario “Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de s/amparo - daño ambiental”, sentencias del 12 de agosto de 2008 y 9 de diciembre de 2009, respectivamente).

En consecuencia, opino que el proceso debe tramitar ante los estrados del Tribunal. Buenos Aires, 17 de agosto de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 3/39 la Universidad Nacional de Río Cuarto promueve acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Córdoba, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 5º, 6º, 9º, 10, 11, 14, 32, 37, 40, 41, 42 y 55 de la ley provincial 9814 que aprueba el ordenamiento territorial de bosques nativos en esa jurisdicción.

Cuestiona aquella ley en cuanto —a su juicio— al establecer las distintas categorías de conservación I, II y III de sus bosques nativos (zonas rojas, amarillas y verdes, respectivamente) permite en áreas de máxima conservación (categoría I) el ejercicio de actividades ex-

presamente prohibidas por la ley nacional 26.331, las cuales resultan incompatibles con la finalidad allí establecida, autorizando el desarrollo de la actividad minera en todas las categorías (artículo 37).

La impugna asimismo por no exigir —según esgrime— la previa evaluación de impacto ambiental y la instancia de participación para las actividades que enumera como de “aprovechamiento sustentable” (artículos 5° y 6°), y por hacerlo únicamente para los aprovechamientos con cambio de uso de suelo o el desmonte, limitando en este último caso la participación ciudadana solo a las oportunidades en que la autoridad de aplicación provincial lo considere pertinente (artículos 40, 41 y 42).

Sostiene que la ley provincial tampoco respeta el criterio de sustentabilidad ambiental establecido en la ley nacional para realizar la categorización de los bosques, estableciendo que las áreas de infraestructura para producción bajo riego y las zonas estratégicas —a las cuales define como los lugares propicios para la explotación agrícola ganadera— deberán ser zonas verdes (categoría III), lo que impide la protección de esas áreas y fomenta, entre otras cosas, el desmonte del bosque nativo (artículos 10, 14 y 32).

Afirma que la ley en su definición de “zonas que conecten masas de bosques nativos” no solo desconoce los corredores biológicos necesarios para la recuperación de la cobertura boscosa y demás fines de la ley 26.331, sino que la limita a las áreas protegidas y corredores ya reconocidos, lo cual favorece el aislamiento en “parches” de áreas protegidas de jurisdicción nacional o provincial, sin contemplar a los corredores boscosos y riparios que garantizan la conectividad entre ecoregiones y permiten el desplazamiento de determinadas especies (artículo 6°). A su vez, al considerar a estas últimas dentro de la categoría I (zonas rojas), aduce que quedan expuestas a las actividades permitidas por el artículo 5°, entre ellas al “aprovechamiento sustentable” según los alcances de su definición legal.

Todo ello —según esgrime— pone en riesgo de extinción las 800.000 hectáreas de bosques nativos que quedan en la región, provocando la pérdida de la biodiversidad, de la productividad forestal, de los servicios ecosistémicos, del hábitat adecuado para las comunidades campesinas y los pueblos originarios, por lo que resulta violatorio de las leyes nacionales 26.331 y 25.675, de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales incorporados en su artículo 75, inciso 22.

Solicita, también, la citación como tercero al pleito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, por ser la autoridad de aplicación de la ley nacional de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 10 y 11.

2º) Que de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal a fs. 63/64, la presente causa es de la competencia originaria de esta Corte *ratione personae*, como única forma de conciliar el derecho al fuero federal que le asiste a la Universidad Nacional de Río Cuarto en su condición de entidad nacional (artículo 116 de la Constitución Nacional), y la prerrogativa jurisdiccional que le acuerda a la Provincia de Córdoba el artículo 117 de la Ley Fundamental (Fallos: 317:746; 328:3818, entre otros).

3º) Que, decidido ello, corresponde determinar si la Universidad demandante está legitimada para promover la presente acción, pues tal extremo constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal (Fallos: 323:4098), dado que la justicia nacional no procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (artículo 2º de la ley 27).

Cabe recordar la doctrina de esta Corte según la cual la existencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio, en la medida en que su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (causa M.128.XLVII “Mugnaini Fiad, Eduardo Julio por derecho propio y en su carácter de Defensor del Pueblo de la Ciudad de Río Cuarto c/ E.N.A., ENARGAS y otro s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 27 de agosto de 2013 y sus citas).

4º) Que de la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar; sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de “causas” (artículo 116 de la Constitución Nacional).

La pauta a la cual es menester atenerse, como principio, a fin de determinar en cada caso la existencia de legitimación procesal —en-

tendida como la aptitud para ser parte en un determinado proceso— está dada por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito.

El ordenamiento jurídico, sin embargo, contempla casos de legitimación anómala o extraordinaria que se caracterizan por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legítimas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquel se controvierte. En estos casos se produce una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial (Fallos: 330:2800 y sus citas).

5°) Que respecto a la naturaleza jurídica del derecho que se pretende amparar, la Universidad Nacional de Río Cuarto precisó que persigue la efectiva protección de un bien o interés colectivo: los bosques nativos en Córdoba, quedando descartada cualquier defensa de derechos individuales, ya que no está en juego su patrimonio como entidad estatal. Sin embargo, señaló que actúa en calidad de “afectado” en los términos de los artículos 43 de la Constitución Nacional y 30 de la ley 25.675 (fs. 5).

A su vez, afirmó que se encuentra facultada para interponer esta acción a tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de su estatuto, en el que se estableció como uno de sus fines el de “Propender desde todos los espacios académicos, de investigación y de extensión a la defensa y protección del medio ambiente” (fs. 5 vta.).

Sostuvo asimismo que sus fines estatutarios y su carácter de entidad estatal nacional, son contestes con el derecho-obligación que pesa sobre el Estado y todas y cada una de las instituciones universitarias de actuar en defensa de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (fs. 6 vta.).

6°) Que es preciso señalar que la pretensión de la actora no reviste las características de la acción de recomposición del ambiente dañado prevista en el artículo 30 de la ley 25.675 —que otorga legitimación para interponerla al afectado, al Defensor del Pueblo, a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, y al Estado Nacional, provincial o municipal—, sino que es de otra naturaleza pues está orientada

a obtener la declaración de inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley 9814 de la Provincia de Córdoba que aprueba el ordenamiento territorial de bosques nativos en esa jurisdicción.

Sin perjuicio de ello cabe recordar que todo órgano estatal constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) que expresa su voluntad en el mismo valor que la del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para “querer” en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia (Fallos: 327:5571; 331:2257).

En oportunidad de delimitar el alcance de la autonomía universitaria, esta Corte sostuvo que ésta implica libertad académica y de cátedra en las altas casas de estudio, así como la facultad de redactar por sí mismas sus estatutos, la designación de su claustro docente y autoridades (Fallos: 322:842; 333:1951).

En ese marco, la legitimación para accionar que pretende arrogarse la Universidad actora en ejercicio de una atribución conferida por el citado artículo 30 de la ley 25.675 al Estado Nacional, excede las facultades propias de esa entidad autónoma, pues las personas públicas tienen un campo de actuación limitado por su especialidad (conf. causa U.11.XLIV “Universidad Nacional de Salta c/ Salta, Provincia de —Secretaría de Medio Ambiente— s/ acción de amparo”, sentencia del 6 de agosto de 2013).

7°) Que, por otro lado, no puede considerarse que la demandante revista la condición de “afectado” en los términos de los artículos 43 de la Constitución Nacional y 30 de la Ley General del Ambiente, en la medida en que no ha justificado un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes (Fallos: 321:1352; 331:1364 y 2287, entre otros).

8°) Que tampoco puede ampararse en la previsión contenida en la parte final del citado artículo 30 de la ley 25.675, que dispone que “toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo”.

En efecto, la Universidad Nacional de Río Cuarto no puede asumir la gestión de los asuntos ambientales sin invadir las esferas de competencia institucional propias del órgano integrante del Estado Nacional con competencia específica en la materia, cual es, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Tal conclusión no se ve alterada por la autonomía universitaria, desde que ésta no implica su aislamiento respecto del entramado institucional; está inmersa en el universo de las instituciones públicas, es afectada por aquéllas y debe responder a los controles institucionales propios del Estado de derecho (Fallos: 319:3148).

Por amplia que sea la autonomía de la universidad, no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico en general, sin que pueda sostenerse que es por sí misma un poder en sentido institucional, equiparándola a la situación de las provincias que son expresión pura del concepto de autonomía, cuyos poderes originarios y propios, son anteriores a la Constitución y a la formación del Estado general que ahora integran (Fallos: 322:842).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal a fs. 63/64, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. II. Declarar la falta de legitimación activa de la Universidad Nacional de Río Cuarto y, en consecuencia, rechazar “*in limine*” la demanda promovida. Notifíquese, comuníquese a la señora Procuradora General de la Nación y, oportunamente, archívese.

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

Profesionales intervinientes: **Parte actora. Universidad Nacional de Río Cuarto. Dres. Hugo Daniel Abrahan y Esteban Valentinuzzi, letrados apoderados.**

Dr. Mariano Andrés García Blanco, letrado apoderado del Defensor del Pueblo de la Nación.

AREVALO, MARTIN SALOMON S/ CAUSA N° 11.835

REINCIDENCIA

El instituto de la reincidencia (art. 50 del Código Penal) se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito; el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce, ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho.

-De los precedentes “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L´Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680), especialmente considerando 12 a 18 del voto del juez Petracchi-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

El Tribunal Oral de Menores n° 3 de la ciudad de Buenos Aires condenó a Martín Salomón A. como autor del delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego y por la intervención de un menor de dieciocho años de edad, en grado de tentativa, en concurso real con la portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, y le impuso la pena de siete años de prisión. A su vez, unificó esa pena con la de nueve años y nueve meses de prisión que había sido fijada, en definitiva, por el Juzgado de Ejecución Penal n° 2, por el delito de robo calificado por el uso de armas, reiterado en seis oportunidades, en concurso real con tenencia ilegítima de arma de guerra y encubrimiento agravado por el ánimo de lucro, reiterado en dos ocasiones, de modo que A. fue finalmente sentenciado a cumplir la pena única de dieciséis años de prisión.

En atención a que los hechos por los que el tribunal de menores condenó a A. fueron cometidos cuando él había cumplido parte de la pena de nueve años y nueve meses de prisión por los seis hechos anteriores, y continuaba aún bajo el régimen de salidas transitorias, se lo

declaró reincidente en los términos del artículo 50 del Código Penal, y se rechazó el planteo de inconstitucionalidad de las normas de agravación por reincidencia que había articulado oportunamente la defensa.

Esa parte interpuso entonces recursos de casación e inconstitucionalidad. En el primero, postuló que la fundamentación de la sentencia era sólo aparente, tachó de arbitraria la aplicación al caso de la agravante genérica prevista en el artículo 41 *quater* del Código Penal y la graduación de la pena impuesta (fs. 19-24 vta.).

En el segundo recurso insistió en su planteo de que el régimen de agravación penal por reincidencia de los artículos 14 y 50 del Código Penal es contrario a los principios de culpabilidad por el hecho y *non bis in idem* recogidos en la Constitución Nacional. Tras más de dos décadas de vigencia, los precedentes de la Corte en los que el tribunal de menores sustentó el rechazo del planteo de inconstitucionalidad merecían -sostuvo la defensa- una nueva evaluación (fs. 25-31).

La sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar, por mayoría, a esas impugnaciones (fs. 45-55 vta.). En primer término, rechazó el agravio referido a la aplicación al caso de la agravante prevista en el artículo 41 *quater* del Código Penal, pues entendió que se hallaba debidamente acreditada la intervención en el hecho de un menor de dieciocho años de edad, sin que sea necesario acreditar la finalidad de aprovechamiento por parte del mayor. No obstante, el tribunal destacó además que, en ocasión de darse a la fuga, A. le había entregado al menor el arma que utilizó en el robo, con lo cual también se encontraba demostrada su intención de descargar en él la mayor responsabilidad por el hecho.

En segundo término, el *a quo* repasó detalladamente las circunstancias que el tribunal de grado ponderó como agravantes y atenuantes para fijar la pena finalmente impuesta a A. y concluyó que los argumentos utilizados para graduar la sanción se encontraban ajustados a derecho y en adecuada relación con las circunstancias comprobadas de la causa.

Asimismo, desestimó el agravio vinculado a la alegada inconstitucionalidad del régimen de agravación por reincidencia sobre la base de jurisprudencia de la propia sala y de la Corte Suprema.

Contra ese pronunciamiento, la defensa de A. interpuso recurso extraordinario federal cuya denegatoria dio lugar a la articulación de esta queja (cf. fs. 56-75 vta., 78 y vta., y 81-85 vta.).

- II -

En el escrito que contiene el recurso extraordinario, el apelante esgrime en esencia tres objeciones.

La primera está vinculada con la aplicación de la agravante genérica prevista en el artículo 41 *quater* del Código Penal. La segunda, con la graduación de la pena impuesta. Y la tercera, con la decisión de los tribunales inferiores de respaldar la validez del régimen de agravación por reincidencia sin dar adecuada respuesta a los cuestionamientos constitucionales que enfrenta especialmente a la luz de los principios de culpabilidad por el hecho y *non bis in idem*.

A este último respecto, el recurrente expone, por un lado, que la decisión del *a quo* es incompatible con la doctrina del precedente de la Corte registrado en Fallos: 329:3680 (“Gramajo”), que articula el principio constitucional según el cual el legislador no puede válidamente imponer pena a las personas por lo que ellas son, sino únicamente por aquello que han efectivamente cometido.

Por otro lado, la defensa postula que, aun si el régimen de agravación por reincidencia del Código Penal fuera en principio constitucionalmente tolerable, los derechos federales en juego deberían llevar de todos modos a la conclusión de que la declaración de reincidencia decidida en el caso debe ser revocada. El *a quo* debería haber tomado en cuenta, sostiene, que el plazo por el cual A. había estado en prisión cumpliendo pena por los delitos anteriores no era suficiente para justificar la agravación de la sanción por la comisión del último delito y, por lo tanto, no pudo válidamente ser tenido por cumplimiento parcial en los términos del artículo 50 del Código Penal. En todo caso, si la reincidencia fuera válidamente tomada en cuenta para su declaración formal, ella no podría considerada también como factor para la determinación de la pena en los términos del artículo 41, inciso 2, del Código Penal.

- III -

En primer lugar, entiendo que el agravio vinculado a la aplicación al caso de la agravante prevista en el artículo 41 *quater* del Código Penal no puede ser objeto de consideración en esta instancia extraordinaria, pues remite al examen de cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del derecho común y a la valoración de los hechos y de las pruebas que han sido resueltas con fundamentos bastantes (cf., en igual sentido, dictamen del Procurador General de la Nación in re

N.524.XLI, “Nina, Rubén Eduardo s/ robo agravado por comisión con arma -causa n° 6453-”, del 13 de diciembre de 2006).

Por lo demás, como he tenido oportunidad de sostener al dictaminar en los casos R.30.XLIX, “Rivero, Hernán Luis s/ causa n° 15495”, del 27 de mayo de 2013, y V.19.XLVIII, “Verón, Pablo Mariano s/causa n° 13766”, del 8 de mayo de 2013 (apartado V), la interpretación propuesta por la recurrente no respeta el sentido de la ley que introdujo la norma en cuestión.

Igualmente inidóneo resulta, en mi entender, el planteo dirigido contra la graduación de la pena impuesta a A., en la medida en que éste se distingue del tercero de los agravios mencionados. En efecto, la mera discrepancia con el monto de la sanción no suscita una cuestión que quepa decidir a V.E cuando, como en el caso, su determinación por los jueces de la causa ha sido realizada razonablemente dentro de los límites establecidos por las categorías que en ese sentido fijan las leyes (Fallos: 310:2844; 311:2619; 312:551).

- IV -

Por otro lado, considero que el agravio reseñado en tercer término plantea una cuestión federal, pues objeta el régimen de agravación por reincidencia que regula el Código Penal bajo la pretensión de que es inconciliable con principios de la Constitución Nacional, y la decisión apelada -la sentencia del superior tribunal de la causa que puso fin al pleito- ha sido contraria a los derechos que, a criterio del recurrente, tales principios aseguran (artículo 14, inciso 2, ley 48).

En cuanto a la actualidad de este aspecto, corresponde apuntar que, de conformidad con el cómputo de pena que figura en la certificación de fojas 319 del expediente principal, A. ya habría cumplido más de dos tercios de los dieciséis años de prisión a los que ha sido condenado. Por lo tanto, si prosperara su petición de declaración de inconstitucionalidad de la restricción fijada en el artículo 14 del Código Penal, podría aspirar inmediatamente al régimen de libertad condicional que las normas cuestionadas vedan a quienes han sido declarados reincidentes.

- V -

La cuestión planteada a la consideración del Tribunal exige, entonces, la evaluación constitucional del régimen de agravación por reincidencia dispuesto en los artículos 14 y 50 del Código Penal. Se-

gún éste, ha de ser tratado con más severidad quien comete un delito punible con pena privativa de la libertad tras haber cumplido ya efectivamente una pena de esa clase por un delito anterior, siempre que no haya transcurrido un plazo legal -que oscila entre cinco y diez años según cuál haya sido la pena impuesta por el primer delito entre el cumplimiento de pena por el delito anterior y la comisión del nuevo delito. La agravación punitiva que impone la ley consiste centralmente en la pérdida de derecho a aspirar al régimen de libertad condicional del artículo 13 del Código Penal durante la ejecución de la pena por el nuevo delito.

El recurrente sostiene que la agravación punitiva por reincidencia violaría, por un lado, el principio constitucional *non bis in idem*, que prohíbe la aplicación de una nueva pena por un hecho delictivo a quien ya ha sido sancionado por ese hecho. Por otro, el agravamiento penal contrariaría también la doctrina constitucional -articulada por la Corte en el precedente de Fallos: 329:3680 (“Gramajo”)- según la cual “la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo” (considerando 18). La agravación por reincidencia conculcaría esa doctrina -de acuerdo con el argumento de la defensa- “en tanto crea la categoría de personas reincidentes, a quienes impone un derecho penal más riguroso en virtud de otros hechos ocurridos, juzgados y compurgados en el pasado” (fs. 72 vta.).

En mi opinión -y sin perjuicio de que V.E. ofrezca una mejor interpretación de sus propios precedentes- no existe la contradicción que se postula en el recurso.

En lo que respecta a la primera proposición, el recurrente no agrega argumentos a los ya respondidos por el Tribunal al dictar los precedentes registrados en Fallos: 311:552 (“Valdez”) y 1451 (“LEveque”). Allí, con asiento en una antigua doctrina constitucional de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica (especialmente “*Moore v. Missouri*” 159 U.S. 673 [1895]; cf. también “*Gryger v. Burke*” 334 U.S. 729 [1948], “*Williams v. Oklahoma*” 358 U.S. 576 [1959] y, más recientemente, “*Nichols v. United States*” 511 U.S. 738 [1994] y “*Witte v. United States*” 515 U.S. 389 [1995]), V.E. descartó la objeción basada en el principio *non bis in idem* al interpretar el régimen de agravación por reincidencia no como una forma de agregar un nuevo castigo

por el delito anterior ya penado, sino, antes bien, como un ajuste de la pena por el nuevo delito tomando en consideración características penalmente relevantes del caso. El principio en cuestión, sostuvo la Corte, “prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal... [L]o que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta” (Fallos: 311:1451, considerando 7°).

Las consideraciones de V.E. en los precedentes citados sugieren también una respuesta a la objeción fundada en el principio que prohíbe la adopción de un derecho penal de autor. De acuerdo con la lectura del Tribunal, la mayor gravedad en la sanción que el Código Penal atribuye a quien comete un nuevo delito habiendo cumplido efectivamente pena por un delito anterior puede explicarse como respuesta al mayor grado de culpabilidad que revelaría esa persona en la comisión del nuevo delito, en comparación con la que expresaría quien cometiera un hecho equivalente sin haber cumplido pena con anterioridad: “[L]a mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito” (Fallos: 311:1451, considerando 7°; cf. también Fallos: 308:1938, especialmente considerando 5°, y 311:552).

Bajo la luz de esa interpretación, el régimen de agravación por reincidencia no importaría una forma de castigo por el carácter o por lo que la persona es, ni respondería a un juicio sobre el proyecto de vida que ella ha elegido realizar. Antes bien, la agravación reflejaría una evaluación de la responsabilidad personal del autor por la comisión del nuevo delito.

En ese sentido, encuentro acertada la observación del juez Petracchi quien, en su voto en el caso “Gramajo”, indicó que la declaración de inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado del artículo 52 del Código Penal, decidida por la Corte en ese precedente, no implica una conclusión semejante para el régimen de agravación por reincidencia en disputa en el caso ahora en examen. De acuerdo con la doctrina de ese precedente, es contraria a la Constitución la im-

posición de una pena desproporcionadamente severa, en relación con la culpabilidad por la infracción penal cometida, y sólo motivada en la atribución al condenado del carácter de ser un “peligro para la sociedad”. En cambio, una agravación punitiva legalmente impuesta como respuesta a una mayor culpabilidad por el hecho delictivo sobre el que versa la condena, y que no supera los márgenes de la pena fijada por la ley en proporción a la gravedad del delito, no comparte, por cierto, los vicios constitucionales del régimen del artículo 52 del Código Penal (cf. Fallos: 329:3680, voto del juez Petracchi, considerando 18).

En mi opinión, no es posible descartar la interpretación según la cual la reincidencia, tal como está definida en el artículo 50 del Código Penal, es un indicador razonable de una culpabilidad mayor. La culpabilidad por un hecho delictivo depende, en efecto, de la capacidad de la persona de “comprender la criminalidad” del hecho que comete (cf. artículo 34, inciso 1, del Código Penal; y, en general, Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ra. ed., Munich: C. H. Beck Verlag, págs. 740-745). Y, por su parte, el previo cumplimiento efectivo de una pena puede asegurar, intensificar o profundizar esa comprensión. Al menos, esa es una función u objetivo que cabe razonablemente atribuir a la pena (cf., por ejemplo, *Alfred Cyril Ewing, The Morality of Punishment: with some suggestions for a general theory of ethics*, Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1929; esp. pág. 84; Jean Hampton, “The Moral Education Theory of Punishment”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13 [1984], págs. 208-238; R. Antony Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, 1986, esp. cap. 9, págs. 233-266).

La posibilidad de esta lectura del régimen de agravación por reincidencia del Código Penal -bajo la cual es consistente con el principio que veda la adopción de un derecho penal de autor, articulado por V.E. en el considerando 18 del ya citado caso “Gramajo”- impide, en mi entender, que se lo tenga por inconstitucional. Pues ha de recordarse que no está aquí en juego la evaluación del mérito, conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del régimen de agravación por reincidencia, que no es propia del Poder Judicial (cf. Fallos: 308:1631; 3263:2409, entre muchos otros) sino su estricta contradicción con los principios recogidos por la Constitución Nacional. Y en esta labor, tal como el Tribunal lo ha manifestado en reiteradas ocasiones, ha de procederse con prudencia, extremando los recaudos para efectuar una interpretación que, resguardando el mandato constituyente, compatibilice la norma infraconstitucional impugnada con el derecho federal invocado (cf. Fallos: 331:1123, considerando 13, y sus citas).

- VI -

Tampoco encuentro inconstitucionalidad en el hecho de que la agravación punitiva que dispone el Código Penal en virtud de la reincidencia consista en la pérdida del derecho a aspirar al régimen de libertad condicional regulado en su artículo 13.

A este respecto, debe notarse, en primer término, que -dentro de los límites del derecho constitucional a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Fallos: 312:826, considerando 11, y voto del juez Fayt, considerando 10) y a no ser sometido a un trato punitivo cruel, inhumano o degradante (Fallos: 328:1146; y 329:3680, considerando 19)- la determinación de las escalas punitivas, de la clase y extensión de las penas conminadas para cada tipo de delito es una materia propia de la política criminal reservada al Congreso (cf. Fallos: 209:342; 314:440, considerando 5°; y dictamen del Procurador General D'Alessio en Fallos: 312:309, esp. pág. 816).

El régimen de libertad condicional que regula el Código Penal entre sus artículos 13 y 17 es, junto con el de suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, regulado en los artículos 26 a 28 del Código Penal, una manifestación de una misma política del legislador nacional dirigida a graduar el uso del encierro carcelario en respuesta a particularidades de la historia punitiva de la persona condenada. La ley permite así prescindir condicionadamente de la prisión cuando el condenado lo es por primera vez y por un delito no particularmente grave, y reducir sensiblemente (en un tercio) el tiempo efectivo de internación carcelaria en los casos en los que el condenado cumple pena de prisión por primera vez, o cuando ya haya cumplido pena con anterioridad, si es que ha pasado un tiempo considerable, un tiempo que oscila entre cinco y diez años según cuál haya sido la pena impuesta por el delito anterior.

No advierto, en la adopción legal de este patrón de empleo gradual del encierro carcelario que la ley prevé como respuesta proporcional a la gravedad del hecho ilícito por el que la persona condenada es responsable, que el Congreso haya excedido los amplios márgenes de discrecionalidad que la Constitución le atribuye en materia de política criminal.

Asimismo debe destacarse, en segundo término, que la pérdida del derecho a aspirar al régimen de libertad condicional del artículo 13 del Código Penal no importa privar al interno del acceso a otros mecanismos de atenuación paulatina de las restricciones propias de

las penas de encierro carcelario -incluyendo alguna modalidad de egreso anticipado de la prisión- a los que tiene derecho, en línea con el fin de reforma y readaptación social que el artículo 5, inciso 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos asigna a las penas privativas de la libertad.

En efecto, el marco mínimo que fija la ley 24.660 (cf. Fallos: 328:1146, considerando 9°) asegura a las personas sometidas a penas privativas de la libertad el acceso progresivo a regímenes de liberación como las salidas transitorias (artículos 16 y siguientes) y la semilibertad (artículos 23 y siguientes) una vez cumplida la mitad de la condena (o quince años en el caso de penas perpetuas) y finalmente la libertad asistida (artículos 54 y siguientes) en el tramo final antes del agotamiento de la pena.

La agravación por reincidencia no pone en riesgo la disponibilidad para las personas condenadas de ninguno de estos regímenes.

- VII -

Por último, no advierto razón en la interpretación propuesta por la recurrente, según la cual sólo el cumplimiento efectivo de encierro carcelario por un lapso equivalente, al menos, a las dos terceras partes del total de la pena impuesta por el delito anterior podría justificar la agravación por reincidencia de la pena impuesta por el delito posterior (cf. fs. 71 vta.).

En relación con este punto, entiendo que rigen aún las consideraciones de la Corte al refutar, en el precedente registrado en Fallos: 308:1938 (“Gómez Dávalos”), la misma interpretación que propone la defensa en el *sub examine*.

En efecto, la lectura propuesta debe ser rechazada en razón de que ella “conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo” (Fallos: 308:1938, considerando 6°); pues es regla que no corresponde dar a las leyes un alcance que, sin un asiento textual, las desvirtúe o vuelva inoperantes.

Igualmente infundada resulta, en mi entender, la lectura postulada por la defensa, de acuerdo con la que la reincidencia no podría dar fundamento a la declaración formal que resultaría en la aplicación de la restricción prevista en el artículo 14 del Código Penal y, a la vez, a una consideración agravatoria para la medición de la pena en los términos del artículo 41, inciso 2, de ese mismo cuerpo legal, sino sólo a una de ellas (cf. fs. 68 vta.-70 vta.).

No hay ningún asiento ni en la lógica ni en el texto de las leyes penales que aquí se cuestionan que permita inferir la restricción que pretende la defensa. No encuentro razón alguna que obligue a limitar la agravación por reincidencia -que, como lo he expuesto en las secciones anteriores, es compatible con un derecho penal de acto y, por lo tanto, no es inconstitucional en el sentido planteado en el recurso extraordinario- a sólo una de las dos dimensiones destacadas en el argumento en examen, a saber, la medición de la pena y la pérdida del derecho a aspirar a la libertad condicional del artículo 13 del Código Penal. El régimen de agravación por el que ha optado el Congreso dentro de sus facultades constitucionales asegura que la declaración de reincidencia se manifestará por imperio de la ley en la segunda de ellas (cf. artículo 14 del Código Penal), mientras que deja en manos de la apreciación judicial su reflejo en la primera (cf. artículo 41, inciso 2, del Código Penal).

- VIII -

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar formalmente procedente la queja sólo con el alcance indicado en la sección IV, y confirmar la sentencia impugnada en cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 21 de febrero de 2014. *Eduardo E. Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Martín Salomón Arévalo en la causa Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11.835”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios referidos en el punto III del dictamen del señor Procurador Fiscal resultan inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Que la cuestión relativa al planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia resulta sustancial-

mente análoga a la resuelta en “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “LEveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680) —especialmente, considerandos 12 a 18 del voto del juez Petracchi—, y a ellos corresponde remitir, en lo pertinente.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese a la recurrente a que dentro del quinto día acompañe copia de la decisión que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos.

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

Recurso de hecho interpuesto por **Martín Salomón Arévalo**, representado por la **Dra. Eleonora Devoto**, Defensora Pública Oficial.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral de Menores n° 3 de la Capital Federal**.

COMPañÍA INMOBILIARIA SAN MARTÍN DE TOURS SA c/
EN-AFIP-DGI-RESOL 5/09 (RMCIO) 29/08 (DEV) s/ DIRECCION
GENERAL IMPOSITIVA

IMPUESTOS INTERNOS

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la demanda deducida con el objeto de impugnar las resoluciones de la AFIP mediante las cuales no hizo lugar a la solicitud de la actora que pretendía obtener la devolución de la suma abonada en concepto de impuestos internos al importarse para consumo un avión que posteriormente fue exportado, pues el ordenamiento legal permite que se restituyan los importes que se hubieran pagado en concepto de tributos que gravaron la importación para consumo mediante el específico régimen de drawback, legislado en los arts. 820 y stes del Código Aduanero como un mecanismo de estímulo a la exportación, al cual no habría podido acceder la empresa actora

pues para ello hubiese sido necesario que antes de la exportación para consumo la mercadería -en este caso el avión- hubiese sido sometida en el territorio aduanero a un proceso de transformación, elaboración, combinación, mezcla, reparación o cualquier otro perfeccionamiento o beneficio o utilizada para acondicionar o envasar otra mercadería que se exporte, lo que no ocurrió en el caso.

DERECHOS DE IMPORTACION

La prohibición de discriminar que contiene el art. 80 de la ley de impuestos internos respecto de las tasas y del régimen de exenciones debe entenderse sin perjuicio de las discriminaciones que disponen los artículos que le preceden, pues lo contrario importaría no solo inconsistencia o falta de previsión del legislador, sino también incoherencia en la redacción del texto legal, como tampoco puede entenderse que, cuando aquella norma establece -en principio- la equiparación de tratamiento tributario entre los productos nacionales y los extranjeros, ordenando que queda derogada toda disposición que importe un tratamiento discriminatorio en razón del origen de los productos, tal norma importe una férrea regla con proyección sobre toda otra norma a futuro.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Compañía Inmobiliaria San Martín de Tours S.A. c/ EN AFIP – DGI – resol. 5/09 (RM CIO) 29/08 (DEV) s/ Dirección General Impositiva”.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda deducida por la Compañía Inmobiliaria San Martín de Tours S.A. con el objeto de impugnar la resolución administrativa 5/2009 —confirmatoria de la 29/2008— mediante las cuales la Administración Federal de Ingresos Públicos no hizo lugar a la solicitud de la actora que pretendía obtener la devolución de la suma de \$ 2.822.636,97 abonada en concepto de impuestos

internos al importarse para consumo un avión, que posteriormente fue exportado (fs. 446/451).

2°) Que para decidir en el sentido indicado, la cámara juzgó —en síntesis— que la norma en la que la actora funda su pretensión —el segundo párrafo del art. 10 de la ley 24.674— “sólo involucra a los productos de origen nacional y no a los productos importados” (fs. 448 vta.). Para fundar tal conclusión, sostuvo que el primer párrafo del citado artículo menciona expresamente a los “productos de origen nacional”, y aunque el segundo párrafo no reitera la especificación hecha en el primero “el artículo trata y refiere, en su conjunto, a los productos de origen nacional y sometidos a la exportación o incorporación a la lista de ‘rancho’ de buques afectados al tráfico internacional o de aviones de líneas aéreas internacionales, y sólo distingue, dentro de los productos de origen nacional, los casos en los cuales no se produjo el hecho imponible de aquellos otros casos en que el hecho sí se produjo” (fs. 448 vta./ 449).

Añadió, a mayor abundamiento, que resultaban aplicables a la presente causa, la solución y los fundamentos expuestos por la Sala II de ese tribunal, en el precedente “Rodolfo Jablonka SAC e I c/ Fisco Nacional (Dirección General Impositiva) s/ ordinario”, en el que se rechazó una demanda que tenía por objeto la devolución de los impuestos internos abonados respecto de cámaras fotográficas importadas y luego exportadas. Indicó que en esa oportunidad se sostuvo que el art. 81 de la ley de impuestos internos (t.o. 1979) se refiere sólo a bienes de producción nacional, según resulta del propio texto de la ley y del antecedente originario de dicho artículo que, en lo pertinente, establecía que “en caso de que fuesen exportados los productos de fabricación nacional gravados por esta ley, será devuelto al exportador el valor de los derechos correspondientes” (ley 2774, art. 4°).

Señaló que la conclusión expuesta se encontraba abonada por la interpretación legislativa implícita que surge de la incorporación de un párrafo en el texto del citado art. 81, efectuada por la ley 23.101 —que instituyó un régimen que tuvo por finalidad estimular las exportaciones de bienes y servicios locales—, lo cual, en el concepto del a quo, desvirtuaba la afirmación de la accionante que negó que la ley de impuestos internos tuviese relación con el estímulo a la exportación de productos nacionales.

3º) Que, por otra parte, desestimó el argumento de la actora —fundado en el art. 9º de la ley 24.674— referente a la prohibición de discriminar entre productos de origen nacional y de origen extranjero. Al respecto el a quo señaló que resultaban aplicables las consideraciones formuladas por esta Corte en la causa “Levin” (Fallos: 332:1332) donde se había rechazado un planteo similar, relativo al art. 80 de la ley 3764, de idéntica redacción a la norma antes citada. Por último, recordó que la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que el art. 16 de la Constitución Nacional, no consagra una rígida igualdad, sino que faculta al legislador a contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, creando categorías de contribuyentes, en la medida que en las distinciones tengan una base razonable y no un propósito de hostilidad contra determinadas personas o grupo de personas o indebido privilegio personal o de grupo.

4º) Que contra lo así resuelto, la actora dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 455/456 vta.), que fue concedido a fs. 479, y 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 1258/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte. El memorial de agravios obra a fs. 485/506 vta. y su contestación por la AFIP - DGI a fs. 513/521.

5º) Que la recurrente sostiene, en síntesis, que el pedido de devolución resulta procedente en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 10 de la ley 24.674, pues, en su criterio, el término “productos” empleado por esta norma comprende tanto a los de origen nacional como a los de origen extranjero. Al respecto sostiene que el primer párrafo del citado artículo —que hace referencia a los productos “de origen nacional”— contempla únicamente un supuesto de exención del tributo, en tanto que el segundo párrafo prevé su devolución sin excluir producto alguno pues no hace distinciones según su origen. Aduce, en igual sentido, que el art. 9º de la misma ley ha dispuesto la no discriminación entre los productos nacionales y extranjeros.

6º) Que en forma preliminar, cabe puntualizar que la Compañía Inmobiliaria San Martín de Tours SA importó un avión marca AA Bombardier, modelo AB Learjeat 60, que fue despachado a plaza el 19 de diciembre de 2005. Por tal importación se liquidó, en concepto de impuestos internos (arts. 38, inc. f, y 39, inc. c, de la ley 24.674), la suma

de \$ 2.822.636,97. Posteriormente, con fecha 31 de octubre de 2006 el referido avión fue vendido a una firma de Estados Unidos, y salió del país el día 4 de noviembre de 2006.

7º) Que, como fue señalado, la actora funda su pretensión en el segundo párrafo del art. 10 de la ley 26.474, que establece lo siguiente:

“Tratándose de productos que, habiendo generado el hecho imponible, se destinen a la exportación o a integrar las listas de ‘rancho’ a que se refiere el primer párrafo, procederá la devolución o acreditación del impuesto siempre que se documente debidamente la salida al exterior, y que —en su caso— sea factible inutilizar el instrumento fiscal que acredita el pago del impuesto”.

Por su parte, el a quo consideró que esa norma se refiere sólo a productos de origen nacional —entre otros argumentos— en razón de que el primer párrafo de ese mismo artículo menciona únicamente a los productos de ese origen y, en su concepto, el artículo trata, en su conjunto, sólo de tales bienes. El primer párrafo del citado art. 10 —al que alude la cámara— establece lo siguiente:

“Los productos de origen nacional gravados por esta ley serán exceptuados de impuesto —siempre que no haya producido el hecho imponible— cuando se exporten o se incorporen a la lista de ‘rancho’ de buques afectados al tráfico internacional o de aviones de líneas aéreas internacionales, a condición de que el aprovisionamiento se efectúe en la última escala realizada en jurisdicción nacional, o en caso contrario, viajen hasta dicho punto en calidad de ‘intervenidos’.

8º) Que los argumentos expuestos por la actora son inatendibles pues parten de aislar el precepto del segundo párrafo del citado art. 10 de lo establecido en el párrafo anterior, cuando, por el contrario, reiteradamente se ha sostenido que la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y correlacionando sus disposiciones con las que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquéllas (Fallos: 313:1467; 320:783 y 324:4367, entre otros). Este principio hermenéutico resulta particularmente insoslayable cuando —como en el sub examine— al tratarse de disposiciones contenidas en un mismo artículo, cabe entender que guardan cierta conexidad entre ellas. De tal manera, si el primer párrafo se

refiere expresamente a los “productos de origen nacional gravados por esta ley” y el segundo solo menciona los “productos”, es lógico considerar que el legislador ha evitado reiterar la calificación de los productos para facilitar la lectura de la norma, pero que continúa aludiendo a la misma categoría de aquéllos; es decir a los “productos de origen nacional gravados por esta ley”. Ello es así, máxime, cuando no concurre ninguna razón que permita afirmar que el propósito de la ley haya sido abarcar en la disposición del segundo párrafo también a productos de origen extranjero o que la ampliación en esos términos del alcance de la norma tenga alguna justificación plausible que lleve a interpretarla de esa manera.

9º) Que en nada modifica lo expuesto el hecho de que el primer párrafo de ese artículo prevea un supuesto de exención del tributo y el segundo contemple un supuesto en el que procede su devolución, ya que ello no obsta a que tanto en uno como en el otro la norma se aplique a productos de origen nacional, respecto de los cuales en el primer caso no se verificó el hecho imponible y en el restante sí se produjo.

10) Que en el mismo orden de ideas, cabe poner de relieve que esta Corte ha establecido desde antiguo que las excepciones a los principios generales de la ley, obra exclusiva del legislador, no pueden crearse por inducciones o extenderse por interpretación a casos no expresados en la disposición excepcional (Fallos: 2:26, entre otros). Por lo tanto, no corresponde hacer extensiva una disposición que establece un supuesto especial de devolución de impuestos a casos no contemplados en ella.

11) Que, por lo demás, resulta pertinente señalar que el ordenamiento legal permite que se restituyan los importes que se hubieran pagado en concepto de tributos que gravaron la importación para consumo mediante el específico régimen de *drawback*, legislado en los arts. 820 y siguientes del Código Aduanero como un mecanismo de estímulo a la exportación, al cual no habría podido acceder la empresa actora pues para ello hubiese sido necesario que antes de la exportación para consumo la mercadería —en este caso el avión— hubiese sido sometida en el territorio aduanero a un proceso de transformación, elaboración, combinación, mezcla, reparación o cualquier otro perfeccionamiento o beneficio o utilizada para acondicionar o envasar otra mercadería que se exporte, lo que no ocurrió en el caso de autos.

12) Que, por otra parte, respecto de la prohibición de discriminar entre productos de origen nacional y extranjero invocada por la recurrente con sustento en el art. 9° de la ley 24.674, resultan aplicables —tal como lo señaló el a quo— las consideraciones efectuadas en el caso “Levin” (Fallos: 332:1332), con referencia al art. 80 de la ley 3764, dada la análoga redacción de ambos preceptos. En efecto, en ese precedente —mediante remisión al dictamen de la señora Procuradora Fiscal— se sostuvo que “[l]a prohibición de discriminar que contiene el art. 80 de la ley de impuestos internos respecto de las tasas y del régimen de exenciones debe entenderse sin perjuicio de las discriminaciones que disponen los artículos que le preceden, pues lo contrario importaría no solo inconsistencia o falta de previsión del legislador, sino también incoherencia en la redacción del texto legal (Fallos: 307:2010 y sus citas) [...] tampoco podía entenderse que, cuando el art. 80 de la ley del gravamen establece —en principio— la equiparación de tratamiento tributario entre los productos nacionales y los extranjeros, ordenando que queda derogada toda disposición que importe un tratamiento discriminatorio en razón del origen de los productos, tal norma importe una férrea regla con proyección sobre toda otra norma a futuro”.

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

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

Recurso ordinario de apelación interpuesto por: **Compañía Inmobiliaria San Martín de Tours S.A.**, representada por el **Dr. Abel Adolfo Atchabahian**.

Traslado contestado por: **el Fisco Nacional (AFIP – DGI)**, representado por el **Dr. Raúl Martínez Pita**, con el patrocinio letrado de la **Dra. María Alejandra Repila**.

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

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

K., C.N. c/ OSECAC s/ ACCIÓN DE AMPARO

PRONUNCIAMIENTO INOFICIOSO

Si la nueva normativa que surge de la ley 26.862 regula expresamente la situación sometida a juicio -cobertura del tratamiento de reproducción asistida como así también de las prestaciones relacionadas hasta lograr el embarazo-, corresponde declarar abstracta la cuestión, ya que un pronunciamiento sobre el debate puntual resulta inoficioso, aunque, sin perjuicio de ello, por aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal en el precedente “Peso” (Fallos: 307:2061) y reiterada en pronunciamientos posteriores, corresponde revocar la sentencia apelada -que rechazó la acción intentada-, en tanto su subsistencia podría ocasionar un gravamen injustificado a los recurrentes.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, el 14 de diciembre de 2012, desestimó el recurso de apelación presentado por la parte actora y, en consecuencia, confirmó el rechazo de la acción de amparo promovida contra la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), dirigida a obtener la cobertura del tratamiento de reproducción asistida por *ovodonación* en forma integral, como así también las prestaciones relacionadas, hasta lograr el embarazo (cfr. fs. 62/83, 124/127 y 151/152).

Contra dicha decisión, la actora interpuso recurso extraordinario el 5 de febrero de 2013, que fue concedido en cuanto se vincula con la interpretación de normas federales y denegado en lo referido a la arbitrariedad, sin que medie queja de la interesada (cf. fs. 158/176 y 181).

-II-

El problema central que se discute en la causa es si OSECAC está obligada a solventar las prácticas de reproducción asistida por *ovodonación* -esto es, un supuesto de fecundación o fertilización “heteróloga”-, no obstante la falta de disposición legal.

Esta ausencia de regulación positiva es, por lo demás, el argumento principal en el que se funda la sentencia de la Cámara objeto del recurso extraordinario (v. fs. 1511152, 158/176 y 181).

En ese contexto, el 30 de agosto de 2013, el Alto Tribunal dispuso conferir vista a esta Procuración General en punto a la sanción de la ley 26.862, dictada con posterioridad a la sentencia y a la interposición del recurso federal -nótese error en la indicación de la norma, fs. 189-.

Esa ley, sancionada el 05/06/13, promulgada de hecho el 25/06/13 y publicada en el Boletín Oficial el 26/6/13, tiene por objeto -según declara- “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” (art. 1°).

Esta última designación es definida en la propia ley, mediante una referencia “... a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo...”, dejando expresamente comprendidas en ese concepto “... las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones...” (art. 2°; el subrayado no obra en el original; y asimismo, arts. 2° y 8°, dec. reg. 956/13; B.O. 23/07/13).

En concordancia con ello, el nuevo régimen legal establece que “... todos aquellos agentes que brinden servicios médicos-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante” (sic; art. 8, el destacado me pertenece).

Por otro lado, dicha norma determina que el Ministerio de Salud de la Nación será la autoridad de aplicación, que estos procedimientos quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y que las disposiciones de la ley “... son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República...” (arts. 3°, 9 y 10), previendo el decreto 956/13 la aplicación inmediata de la ley y la obligación, por parte de las jurisdicciones locales, de adoptar los recaudos tendientes a la efectiva vigencia de la norma en el ámbito de sus competencias (arts. 8° y 10).

También determina la ley que puede acceder a estas prestaciones toda persona mayor de edad que explicita su consentimiento informado, sin que puedan introducirse requisitos que impliquen exclusiones fundadas en la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios (v. arts. 7° y 8°).

-III-

Sentado lo anterior, interesa reiterar que este supuesto involucra, precisamente, el reclamo de cobertura de una técnica de reproducción asistida por *ovodonación*, por parte de una persona mayor de edad, contra un agente prestador de servicios médico-asistenciales (obra social), y que la desestimación del amparo se encuentra pendiente de recurso extraordinario deducido por la accionante (fs. 158/176 y 181).

En tales condiciones, el imperativo de valorar la legislación sobreviniente a la apelación federal y, a partir de ello, la necesidad de salvaguardar derechos y garantías de las partes relacionados con la defensa en juicio y el debido proceso (art. 18, C.N.), entiendo que aconsejaría, salvo mejor criterio de esa Corte, que se corra traslado a los interesados, por su orden, del dictado de la ley 26.862, a los fines que hubiere lugar.

Ello es así, teniendo en particular consideración, por un lado, que no se ha acreditado en los autos la satisfacción del reclamo de la actora, y, por otro, que puede mediar un interés concreto y actual que justifique, en su caso, expedirse acerca de la inteligencia o validez de la ley recientemente sancionada.

Ahora bien, en el supuesto de que el Alto Tribunal no comparta el parecer expuesto y considere que, a partir del dictado de la ley 26.862, no subsiste un interés actual que sustente su intervención por haberse tornado abstracta la cuestión planteada en estas actuaciones, opino que corresponde que así lo declare (cfse. Fallos: 333:1474; 335:193; entre muchos otros). En tal caso, procede recordar que, no obstante lo anterior, esa Corte Suprema conserva la jurisdicción necesaria para evitar que la subsistencia de la resolución apelada cause un gravamen no justificado por la manera en que haya quedado delimitada la relación procesal (v. doctrina de Fallos: 327:4080, entre otros).

En los términos que anteceden, considero cumplimentada la vista conferida a fojas 189. Buenos Aires, 6 de diciembre de 2013.
Marcelo Adrián Sachetta.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “K., C. N. c/ OSECAC s/ acción de amparo”.

Considerando:

1º) Que la actora inició acción de amparo contra la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (O.S.E.C.A.C.) con el objeto de que se la condenara a solventar en forma integral y total los gastos que insumiera el tratamiento de reproducción asistida en programa de ovodonación, en las oportunidades que fuere menester mientras el estado de salud lo requiriera, sin límite de intentos y hasta lograr el efectivo embarazo, como asimismo todo tratamiento previo, simultáneo o posterior necesario.

2º) Que la Cámara Federal de Bahía Blanca, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó la acción intentada. Sostuvo a tal efecto que la fecundación heteróloga vulneraba el derecho de los hijos a ser concebidos en el matrimonio y por el matrimonio, teniendo en cuenta que cesaba la representación de las personas por nacer el día del parto o antes cuando hubiera terminado el plazo mayor de duración del embarazo de acuerdo al artículo 69 del Código Civil. Agregó que a pesar de los intentos de positivizar la cuestión, lo cierto era que no había una legislación vigente al respecto. Por lo tanto, no existiendo una ley positiva que obligue, adherían a la posición que propiciaba prohibirla.

Contra esa decisión, la demandante interpuso recurso extraordinario federal (fs. 159/176), que no fue contestado por la contraria. La cámara lo concedió a fs. 181/vta. por encontrarse en juego el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y moral de la recurrente.

3º) Que es menester tener presente que las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (conf. Fallos: 306:1160; 331:2628; 333:1474, entre muchos otros).

4º) Que sobre esa base se debe señalar que el 26 de junio de 2013 fue publicada en el Boletín Oficial la ley 26.862, cuyo objeto es “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” (art. 1º) y fue reglamentada mediante el decreto 956/2013.

En este nuevo régimen se establece que “todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación” (art. 8º).

Finalmente, la ley determina que sus disposiciones “...son de orden público y de aplicación a todo el territorio de la República” (art.10).

5º) Que dado que la nueva normativa regula expresamente la situación sometida a juicio, y atendiendo a las pautas señaladas en el considerando 3º del presente, un pronunciamiento sobre este debate puntual resulta inoficioso.

6º) Que, por otra parte, y sin perjuicio de lo anteriormente señalado, por aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal en el precedente “Peso” (Fallos: 307:2061), reiterada en pronunciamientos posteriores (Fallos: 315:123; 327:3655; 328:2991 y 329:5068, entre otros), corresponde asimismo revocar la sentencia apelada, en tanto su subsistencia podría ocasionar un gravamen injustificado a los recurrentes.

Por todo lo expuesto, se declara abstracta la cuestión en debate, y, por las razones indicadas en el considerando 6º, se revoca la sentencia

apelada. Costas por su orden atento al modo en que se resuelve (art. 68, 2º parte del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

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

Recurso extraordinario interpuesto por el C.N.K., representada por el **Dr. Pablo Gustavo Di Gerónimo**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Bahía Blanca**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de 1º Instancia nº 2 de Bahía Blanca**.

MONETA, RAÚL JUAN PEDRO Y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN

SOBRESEIMIENTO

Cabe revocar la decisión que rechazó el recurso interpuesto por el BCRA contra la sentencia que confirmó el sobreseimiento por inexistencia de delito atribuido a los imputados a los que se atribuida haber formado parte de una asociación de más de tres personas que tenía por finalidad cometer diversos delitos, pues asiste razón a la recurrente cuando sostiene que el a quo ha defendido la inexistencia de estafa sobre la base de una fundamentación aparente, que reprodujo aquella ensayada en las instancias previas ignorando las razones concretas que, precisamente, apuntaban en una dirección contraria, déficit que impide tener a la sentencia por una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

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

SOBRESEIMIENTO

Cabe revocar la decisión que rechazó el recurso interpuesto por el BCRA contra la sentencia que confirmó el sobreseimiento por inexistencia de delito atribuido a los imputados a los que se atribuida haber formado parte de una asociación de más de tres personas que tenía por finalidad cometer diversos delitos, pues al descartar sin aclaraciones ulteriores que se pueda reputar suficiente para dar por satisfecho el

“ardid o engaño” exigido por el artículo 172 del Código Penal un engaño equivalente a la simple mentira, el a quo debió al menos ponderar la opinión de quienes consideran que la figura no requiere un determinado grado de idoneidad objetiva en el engaño y que, por consiguiente, basta con que el autor simule o disimule frente a la víctima una realidad, sin importar cuál sea la forma que escoge para hacerlo.

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

SOBRESEIMIENTO

Cabe revocar la decisión que rechazó el recurso interpuesto por el BCRA contra la sentencia que confirmó el sobreseimiento por inexistencia de delito atribuido a los imputados a los que se atribuida haber formado parte de una asociación de más de tres personas que tenía por finalidad cometer diversos delitos, pues la conducta de quien apoya sus dichos falaces en una declaración jurada documentada ante un escribano público difiere notablemente de la de aquél que pronuncia una simple mentira de acuerdo con esa doctrina y ninguna de estas cuestiones puntuales suscitó la atención del tribunal a quo quien, explotando el lenguaje de una doctrina tradicional, la aplicó sin fundamento alguno a un caso manifiestamente extraño.

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

SOBRESEIMIENTO

Cabe revocar la decisión que rechazó el recurso interpuesto por el BCRA contra la sentencia que confirmó el sobreseimiento por inexistencia de delito atribuido a los imputados a los que se atribuida haber formado parte de una asociación de más de tres personas que tenía por finalidad cometer diversos delitos, pues el tribunal interpretó que “los ‘cargos’ son sanciones que el BCRA impone a las entidades cuando no cumplen con las normas técnicas”; y concluyó luego que “la inexistencia de disposición alguna y la naturaleza eminentemente punitiva y de política financiera del cargo, indica que difícilmente un supuesto engaño, en los términos del artículo 172, que trajese aparejada su condonación pueda calificar a los fines de la configuración de los elementos de una estafa en perjuicio de la administración pública, delito que afecta al patrimonio, por lo que el carácter dogmático y sólo aparentemente fundado de la resolución apelada se torna evidente al contrastarla con la de los magistrados de las instancias anteriores, que aducían como fundamento de la misma conclusión

que la condonación de cargos no constituye un perjuicio patrimonial, aunque por razones diferentes.

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

SOBRESEIMIENTO

Cabe revocar la decisión que rechazó el recurso interpuesto por el BCRA contra la sentencia que confirmó el sobreseimiento por inexistencia de delito atribuido a los imputados, pues se limitó a cambiar la afirmación dogmática de los jueces de las instancias anteriores -esto es, aquella que negaba el carácter patrimonial del perjuicio por la finalidad no sancionatoria, sino meramente regulatoria, de los cargos- por otra diferente, e igualmente dogmática, que postula que, al tener un fin sancionatorio, la ausencia de cobro de los cargos en cuestión no perjudicó patrimonialmente a la víctima del fraude.

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

SOBRESEIMIENTO

Cabe revocar la decisión que rechazó el recurso interpuesto por el BCRA contra la sentencia que confirmó el sobreseimiento por inexistencia de delito atribuido a los imputados, pues no es posible negar la comisión del delito de estafa con base en el postulado hipotético según el cual si los imputados no hubieran ocultado la verdad, el BCRA habría solicitado requisitos adicionales, que habrían sido satisfechos, y que habría permitido, a raíz de la crisis financiera internacional, que la entidad concediera los beneficios de todas maneras; negar la comisión del delito de ese modo prescinde de una doctrina prácticamente unánime sobre responsabilidad por los resultados delictivos, según la cual el autor de un delito de comisión no puede por regla exonerarse con el argumento de que el resultado lesivo se habría producido de todas formas, en razón de otros cursos causales de producción inminente y necesaria.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) contra lo decidido por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Este tribunal, a su vez, había confirmado el sobreseimiento por inexistencia de delito dictado en primera instancia respecto de los imputados Carlos Alejandro M., Jorge Saúl M., Eduardo Antonio L., Juan Carlos B., Pablo Juan L., Benito Jaime L., Raúl Pedro M. y Jorge Enrique R. Contra el primero de los pronunciamientos señalados, la querrela interpuso recurso extraordinario federal, concedido por el *a quo* a fojas 313-314.

- II -

En este proceso se ha atribuido a los imputados haber formado parte de una asociación de más de tres personas que tenía por finalidad cometer diversos delitos. Esta habría funcionado dentro del Banco República S.A. y los hechos ilícitos que habría cometido incluyen, por un lado, los que produjeron que el Banco de Mendoza S.A. dejara de funcionar; y, por otro, los que confluieron en la obtención fraudulenta de beneficios económicos por parte del BCRA en favor del Banco República por un monto aproximado de ciento cuarenta millones de pesos.

En lo que es de interés para el tratamiento del recurso extraordinario interpuesto por la querrela, se investiga, en particular, si las maniobras de los administradores del Banco República -en torno a la verdadera vinculación societaria de esa entidad con el CEI Citicorp Holding S.A. y con el Federal Bank Ltd.- pueden reputarse constitutivas del delito de estafa en perjuicio de la administración pública (artículos 172 y 174, inciso 5, del Código Penal). Se afirma en ese sentido que el ocultamiento de tales circunstancias, relativas a la verdadera conformación del grupo, habría determinado al BCRA a conceder por error beneficios millonarios al Banco República (en particular, la condonación de cargos impuestos como consecuencia de los incumplimientos del banco a las normas técnicas del órgano de contralor).

Sobre la vinculación con el Federal Bank de Bahamas, por ejemplo, consta en el expediente que los imputados presentaron al BCRA en febrero de 1999 dos declaraciones certificadas por escribano público, del siguiente tenor: “Declaramos bajo juramento que ni el ‘Banco República S.A.’ ni sus directores ni sus accionistas posee/n/mos: participaciones accionarias a título propio o a través de terceras personas físicas o jurídicas, facultades de administración, poderes otorgados, intereses económicos de cualquier índole o vinculación directa, indirecta o de tipo alguno con la sociedad denominada ‘Federal Bank Ltd.’, radicada en Nassau, Bahamas” (cf. auto de sobreseimiento del juez Canicoba Corral, obrante en copia en el Anexo 1 al incidente de apelación [fs. 58]). Los elementos de prueba recopilados luego habrían resultado suficientes para desmentir estas afirmaciones y acreditar que el Federal Bank, efectivamente, integraba junto con el Banco República un mismo grupo económico.

En la sentencia de sobreseimiento, el juez de primera instancia tuvo por cierto que los integrantes del Banco República habían incurrido en falsedades de diversa naturaleza con el objeto de ocultar la real vinculación que esa entidad mantenía tanto con el CEI como con el Federal Bank. Sin embargo, consideró que las conductas comprobadas no habían sido idóneas para provocar un error penalmente relevante en la supuesta víctima, toda vez que el BCRA sospechaba acerca de estas circunstancias antes de emitir las resoluciones mediante las cuales dispuso la condonación de los cargos. Además, razonó que la prueba incorporada no permitía asegurar que la entidad de contralor, de haber conocido la real constitución del grupo, no habría decidido lo mismo sobre la base de otras condiciones. A su vez, sostuvo que la condonación en cuestión no podía equiparse a una disposición patrimonial perjudicial en el sentido del tipo penal de estafa (cf. fs. 69-71).

Este pronunciamiento fue confirmado por el tribunal de apelaciones sobre la base de los mismos razonamientos. En lo esencial, los jueces de segunda instancia concluyeron que “no es dable afirmar con absoluta certeza que el ocultamiento de información de los integrantes del Banco República haya sido determinante del aparente desvío de la voluntad del Directorio del Banco Central de la República Argentina, no solo por las sospechas que esta última [sic] tenía respecto de tales vinculaciones con anterioridad al dictado de la Resolución n° 135/99, sino porque aún en caso de haberlas conocido no puede concluirse con toda seguridad que los beneficios concedidos y la condonación de cargos no se hubieran igualmente dispuesto” (fs. 104).

- III -

En su recurso, la querrela se amparó en la doctrina de la arbitrariedad. Esencialmente, postuló que el tribunal *a quo* había reiterado las consideraciones ya introducidas en las instancias previas, sin atender a las razones por las cuales ella consideraba que los hechos investigados eran subsumibles en la figura de la estafa de los artículos 172 y 174, inciso 5, del Código Penal.

En primer lugar, reafirmó que la conducta de los imputados debía reputarse un ardid con la suficiente idoneidad como para provocar un error en la víctima. En concreto, adujo que el BCRA no tuvo conocimiento de la situación del Federal Bank hasta la confirmación efectuada por el Banco Central de Bahamas; y que la declaración jurada firmada por los directivos del Banco República no podía tenerse por una mera nota, sino que debía ponderarse como una declaración solemne de decir verdad.

En cuanto a la supuesta negligencia que se le habría asignado al BCRA para atribuirle la responsabilidad por lo acontecido, la recurrente destacó que cuando tuvo la certeza de la existencia de una vinculación societaria entre los imputados y el Federal Bank no dudó en hacerlo saber a los órganos de persecución penal. Añadió que, si no hubiera considerado seriamente esa circunstancia, no habría insistido en la presentación de las declaraciones juradas, ni solicitado información al Banco Central de Bahamas, ni remitido finalmente la documentación a la justicia. Entendió que las afirmaciones del *a quo* carecían de razonabilidad, pues había quedado en evidencia la dificultad existente para obtener información fidedigna y temporánea de las autoridades de contralor de los denominados “paraísos fiscales”. Sostuvo luego que la explicación de los hechos se reconducía exclusivamente a las maniobras de los imputados, desplegadas mediante incumplimientos al régimen informativo, declaraciones juradas falsas y ausencia de estados contables.

En lo que respecta a la caracterización de la condonación de los cargos como una disposición patrimonial relevante a los fines de la consumación de la estafa, la apelante sostuvo que el *a quo* se habría limitado a negar meramente que hubiera habido la disposición patrimonial requerida por la ley penal, sin que fuera posible reconstruir lógicamente de qué manera había arribado a esa conclusión.

Finalmente, señaló que el tribunal no consideró las razones que impedirían rechazar la calificación legal como estafa a partir del enunciado según el cual la condonación de cargos habría sido acordada de cualquier manera, incluso si la declaración de los imputados hubiera

sido verdadera. Concretamente, la recurrente se agravió de que el *a quo* hubiera pasado por alto sus argumentos para sostener que este razonamiento hipotético no podía fundarse sin más en las declaraciones testimoniales ofrecidas por los ex directivos del BCRA. Esa conclusión que postula que la condonación de cargos se habría operado también sin el aporte de los imputados fue el corolario de una simplificación infundada de la situación financiera imperante en ese momento. En particular, la querrela puntualizó que la sentencia de sobreseimiento llegó a esa conclusión sobre la base de testimonios incapaces de darle sustento; pues los declarantes sólo afirmaron que, de haber conocido la real vinculación entre el Banco República y el Federal Bank de Bahamas, la decisión de condonación podría eventualmente haberse adoptado, pero en todo caso “bajo distintos supuestos”.

- IV -

Al impugnar el modo en que el tribunal *a quo* descartó la calificación legal de los hechos imputados en este proceso como delito de estafa contra la administración pública, el recurso extraordinario suscita la revisión de cuestiones de hecho e interpretación del derecho común que son, como principio, ajenas a la competencia apelada de la Corte.

Sin embargo, el Tribunal ha hecho excepción a ese principio cuando se atribuye arbitrariedad a la decisión que se impugna, descalificando como actos judiciales válidos aquellas sentencias que omiten pronunciarse sobre cuestiones conducentes oportunamente propuestas, o lo hacen mediante breves afirmaciones sin referencia los temas legales suscitados y concretamente sometidos a su apreciación (Fallos: 331:2077). De forma similar, ha descalificado por arbitrariedad las sentencias que “omiten el examen de alguna cuestión oportunamente propuesta, siempre que así se afecte de manera sustancial el derecho del impugnante y lo silenciado pudiere resultar conducente para la adecuada solución de la causa” (Fallos: 326: 4541).

La apelación en examen justifica esa excepción pues, en mi opinión, asiste la razón a la recurrente cuando sostiene que el *a quo* ha defendido la inexistencia de estafa sobre la base de una fundamentación aparente, que reprodujo aquella ensayada en las instancias previas ignorando las razones concretas que, precisamente, apuntaban en una dirección contraria. Este déficit, en mi parecer, impide tener a la sentencia por una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 324:1289 y sus citas).

- V -

En primer lugar, encuentro arbitraria la desestimación del elemento “ardid o engaño”, del que depende la calificación legal como estafa, con el argumento de que la conducta bajo examen debía equipararse a una “simple mentira”, exteriorizada por los imputados “sin haberse demostrado la obligación de decir verdad y sin verse acompañada de un determinado despliegue engañoso”, capaz de suscitar “un insuperable error en el sujeto pasivo el cual, por ese error, lleva a cabo un acto de disposición patrimonial” (cf. fs. 276).

Esa conclusión aparece como dogmática por dos razones. Primero, porque descarta sin aclaraciones ulteriores que se pueda reputar suficiente para dar por satisfecho el “ardid o engaño” exigido por el artículo 172 del Código Penal un engaño equivalente a la simple mentira. En este sentido, el *a quo* debió al menos ponderar la opinión de quienes consideran que la figura no requiere un determinado grado de idoneidad objetiva en el engaño y que, por consiguiente, basta con que el autor simule o disimule frente a la víctima una realidad, sin importar cuál sea la forma que escoge para hacerlo (cf., por ejemplo, Núñez, Ricardo, Tratado de derecho penal. Parte especial, t. IV, Córdoba, 1976, págs. 303 s.).

Segundo, y más importante aún, porque desconoce de forma evidente lo que ha ocurrido en el sub iudice. Al menos en lo que concierne a la vinculación del Banco República con el Federal Bank, considero que no hay margen para relativizar como “simple mentira” la conducta desplegada por los directivos de la entidad beneficiada. Según advierto del relato de los hechos obrante en el auto de sobreseimiento, los imputados habrían contestado a los requerimientos del BCRA mediante dos declaraciones juradas refrendadas por escribano público. Es decir, los firmantes reforzaron la solemnidad de su juramento mediante el recurso deliberado a uno de los mecanismos provistos por el ordenamiento jurídico para resguardar la fe pública (cf. artículo 979, inciso 2° del Cód. Civil; que reputa instrumento público a “cualquier otro instrumento que extendieran los escribanos”).

Independientemente del valor probatorio de tal declaración -teniendo en cuenta que el notario no da fe de los hechos que no ocurren ante sí- lo cierto es que la maniobra ostenta un nivel de sofisticación superior al de la nuda mentira, en el sentido en el que esta expresión figura en la doctrina tradicional sobre estafa, según la cual el fraude requiere algo más -aunque no mucho más- que eso (cf., por ejemplo, Finzi, Conrado, La estafa y otros fraudes, Buenos Aires, 1961, pág. 46, nota 16).

En particular, la conducta de quien apoya sus dichos falaces en una declaración jurada documentada ante un escribano público difiere notablemente de la de aquél que pronuncia una simple mentira de acuerdo con esa doctrina (por ejemplo, la conducta de quien miente de forma oral en un contexto en el cual sus dichos, eventualmente, podrían interpretarse como propios del giro en el que se desenvuelve). Ninguna de estas cuestiones puntuales suscitó la atención del tribunal *a quo* quien, explotando el lenguaje de una doctrina tradicional, la aplicó sin fundamento alguno a un caso manifiestamente extraño.

Por otra parte, tampoco advierto ningún argumento capaz de sustentar la aparente convicción del *a quo* en torno a que el error del BCRA sobre la verdadera constitución de este grupo de entidades financieras no debía imputarse a las maniobras engañosas aludidas sino a la conducta negligente del propio organismo de contralor. La sentencia no explica satisfactoriamente en qué habría consistido esa negligencia, ni se hace cargo de dos circunstancias persuasivas invocadas por la querrela: (i) fue el propio BCRA el que, como recaudo previo a la concesión de los beneficios, instó a los directivos del Banco República a que presentaran las declaraciones juradas; (ii) el acceso a la información por otras vías era harto dificultoso en razón de que el Federal Bank se encontraba radicado en uno de los denominados “paraísos fiscales”, a tal punto que el Banco Central de Bahamas recién reveló la identidad de los accionistas el 4 de noviembre de 2004 (cf. fs. 60 vta.).

El postulado de que no hubo en el caso el error penalmente relevante para el delito de estafa -que el *a quo* aduce en respaldo de su decisión de sobreseimiento- también es infundado. El tribunal lo sustenta en la comprobación de que el BCRA sospechaba de la vinculación societaria antes de la conducta fraudulenta, sospechas que habrían persistido aun después. Aseverar algo semejante, en todo caso, demandaba un mínimo esfuerzo argumental, en tanto era imperioso explicar por qué la duda residual de la víctima del engaño neutralizaba la estafa cometida en su perjuicio y la obligaba a cargar con las consecuencias del hecho cuando, precisamente, ello motivó la exigencia de los requisitos que terminaron resultando engañosos.

En este sentido, no puede pasarse por alto que el problema de la duda es relevante para la doctrina preponderante en el derecho comparado, que identifica al error con un determinado estado de conciencia. Por lo general, se exige una representación positiva del engañado acerca de la situación falsa; la víctima, pues, debe reputar efectivamente que las cosas son como las presenta el autor. Si no se represen-

ta nada, en principio no habría error. Tampoco lo habría, naturalmente, si la víctima sabe que la situación escenificada por el estafador es falsa. Sin embargo, de acuerdo con los términos del pronunciamiento en análisis no sería ése el caso de autos, en que la víctima sólo habría considerado probable el escenario derivado del engaño. La opinión mayoritaria sostiene que esta clase de creencia basta para tener por configurado el elemento en cuestión del delito de estafa, si es que esa probabilidad figura entre los motivos que llevan a la víctima del engaño a efectuar la disposición patrimonial a la que apunta el fraude (cf. Maurach / Schröder / Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. I, 9ª ed., Heidelberg, 2003, págs. 486 ss.; en similares términos, Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7ª ed., Berlín, 2005, pág. 236; y Bajo Fernández, Miguel, *Los delitos de estafa en el código penal*, Madrid, 2004, pág. 47).

Con esa interpretación predominante como fondo, el *a quo* no podía válidamente asumir una lectura opuesta del requisito legal en cuestión sin expresar cuáles eran las razones que lo determinaban a eludir la doctrina prevaleciente. No se trata aquí entonces de impugnar el pronunciamiento ante una simple discrepancia con la solución adoptada, sino en razón de un apartamiento notorio de los criterios mínimos de la argumentación jurídica (Fallos: 331:265, disidencia de los jueces Lorenzetti y Fayt).

- VI -

El tratamiento otorgado a la cuestión de la disposición patrimonial presenta, en mi entender, iguales deficiencias de fundamentación. Al respecto, el tribunal interpretó que “los ‘cargos’ son sanciones que el BCRA impone a las entidades cuando no cumplen con las normas técnicas”; y concluyó luego que “la inexistencia de disposición alguna y la naturaleza eminentemente punitiva y de política financiera del cargo, indica que difícilmente un supuesto engaño, en los términos del artículo 172, que trajese aparejada su condonación pueda calificar a los fines de la configuración de los elementos de una estafa en perjuicio de la administración pública, delito que afecta al patrimonio” (cf. fs. 276).

La sentencia presenta así dos conclusiones de carácter dogmático, en tanto carecen de respaldo argumental alguno, ni cita bibliográfica, nacional o del derecho comparado: (i) que quien condona algo a lo que tiene derecho no dispone patrimonialmente a los fines de la estafa; y (ii) que la naturaleza sancionatoria de una prestación basta para negarle su carácter patrimonial.

Por el contrario, respecto de la primera de ellas, el tribunal no podía desconocer que en la doctrina argentina y extranjera predomina inequívocamente la posición contraria (cf., por ejemplo, Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. IV, Buenos Aires, 1973, pág. 325: la disposición patrimonial “puede también consistir en la renuncia a un derecho”; Kindhäuser, Urs, Strafrecht Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte, 4ª ed., Baden-Baden, 2005, pág. 206: “entra en consideración una disposición por omisión, por ejemplo, cuando no se hace valer una pretensión”). Ante una doctrina tan generalizada, la mera afirmación opuesta del *a quo* no puede contar como fundamentación suficiente, en el sentido requerido constitucionalmente para una sentencia judicial

La segunda cuestión, a su turno, demandaba del *a quo* una fundamentación elocuente, capaz de dar sustento al criterio peculiar, según el cual la razón a la que responde una prestación en dinero determinaría su carácter patrimonial (o no patrimonial). El tribunal de casación omitió explicar por qué la postulada finalidad sancionatoria de los cargos sería una circunstancia dirimente para sostener que el BCRA no sufrió perjuicio patrimonial alguno al no percibir sumas de dinero a las que, bajo ese concepto, tenía derecho. Ello, a mi modo de ver, ya la descalifica como acto jurisdiccional válido.

El carácter dogmático y sólo aparentemente fundado de la resolución apelada en este punto se torna evidente al contrastar la decisión del *a quo* con la de los magistrados de las instancias anteriores, que aducían como fundamento de la misma conclusión que la condonación de cargos no constituye un perjuicio patrimonial, aunque por razones diferentes.

En efecto, al dictar el sobreseimiento durante la instrucción, el juez federal se apoyó en un dictamen pericial que sostenía que los cargos no constituyen sanciones, sino “herramientas técnicas”, diferenciables de las multas porque, por un lado, se imponen sin previo sumario y, por el otro, pueden dejarse sin efecto discrecionalmente por la entidad de contralor. Sostuvo a continuación que “conforme surge de lo señalado precedentemente se advierte que no es la función de los cargos lograr algún tipo de incremento patrimonial para el B.C.R.A., sino que constituyen una herramienta cuya finalidad consiste en que las entidades financieras se adecuen a las normas que regulan esa actividad” (cf. 69 vta. ss. [en particular fs. 70 vta., siempre del incidente de apelación]). Es decir, la inexistencia de perjuicio se seguiría -también infundadamente, como he propuesto en los párrafos anteriores- de la finalidad “reguladora”, esto es, no sancionatoria de los cargos.

La Cámara Federal de Apelaciones casi no hizo hincapié en estas disquisiciones, pero aludió sin mayores explicaciones a la “finalidad correctiva” de esas prestaciones (cf. fs. 104 vta.). El *a quo*, finalmente, se aferró a la idea de que los cargos no integran el patrimonio del querellante pero, a diferencia de lo sostenido en el auto de sobreseimiento, los reputó como “sanciones”, y les asignó una “naturaleza eminentemente punitiva” (cf. fs. 276).

En lugar de brindar la explicación necesaria, la sentencia impugnada, en definitiva, se limitó a cambiar la afirmación dogmática de los jueces de las instancias anteriores -esto es, aquella que negaba el carácter patrimonial del perjuicio por la finalidad no sancionatoria, sino meramente regulatoria, de los cargos- por otra diferente, e igualmente dogmática, que postula que, al tener un fin sancionatorio, la ausencia de cobro de los cargos en cuestión no perjudicó patrimonialmente a la víctima del fraude.

- VII -

Finalmente, la sentencia impugnada presenta otro vicio decisivo de fundamentación cuando descarta la relación de causalidad entre las maniobras de los imputados y la condonación dispuesta por el BCRA, esto es, entre el fraude y la disposición patrimonial. En este aspecto, considero atendible el agravio referido a que el *a quo* ignoró por completo las razones con las que la querrela le indicaba que no podía llegar a esa conclusión.

La Cámara Federal de Apelaciones había señalado que “hasta los propios funcionarios entonces integrantes de los Directorios del Banco Central que suscribieron dichas resoluciones expresaron reparos en orden a una modificación esencial del temperamento a adoptar en caso de que hubieran conocido la realidad económica del Banco República por sus vinculaciones con CEI Citicorp Holding S.A. y el Federal Bank Limited, lo cual siembra una duda razonable en punto a la necesaria relación que debe existir entre el ocultamiento de información, por un lado, y el otorgamiento de beneficios y la condonación de cargos, por el otro” (cf. fs. 185 del incidente de apelación).

Y sobre esa base sostuvo: “Como consecuencia de lo dicho hasta aquí, no es dable afirmar con absoluta certeza que el ocultamiento de información de los integrantes del Banco República haya sido determinante del aparente desvío de la voluntad del Directorio del Banco Central de la República Argentina”.

En su impugnación, la querrela advirtió que la Cámara Federal de Apelaciones había incurrido en una interpretación “errónea” de las “declaraciones de los miembros del ex Directorio del Banco Central de la República Argentina”; entendió que esa interpretación defectuosa había constituido “la piedra angular del sobreseimiento resuelto”.

En este sentido, se agravio de que, al valorar esa prueba testimonial, “ninguna de las instancias judiciales intervinientes ha meritado la oportunidad, mérito y conveniencia de la decisión, dado el marco situacional en que se encontraba el sistema financiero”. Alegó que la situación del ex Banco República se había analizado “aisladamente y fuera del contexto económico a la fecha de las resoluciones”, circunstancia que permitía “presentar un panorama simplificado, cuando, por el contrario, todos los ex funcionarios de este BCRA reconocieron la complejidad de la situación por la que atravesaban las entidades para recomponer su liquidez”. También atribuyó al tribunal de apelaciones haber juzgado este punto a partir de una arbitraria “selección de variables”, habida cuenta de que no había valorado el contexto económico en el cual fueron dispuestas las medidas en cuestión.

Por otra parte, cuestionó que en la sentencia impugnada se hubiera soslayado que los testimonios valorados destacaban que la eventual decisión de condonar los cargos se habría acordado “bajo distintas condiciones”. Explicó que, teniendo en cuenta que la información ocultada al BCRA era la vinculación societaria entre el Federal Bank y el Banco República, la autoridad de contralor habría demandado la presentación de un balance consolidado. Apuntaron que esa exigencia en modo alguno podía considerarse una “mera formalidad” y que, por lo tanto, probablemente habría impedido la concesión de los beneficios.

Pese a la razonabilidad del planteo, el *a quo* se limitó a señalar que no existía “elemento de juicio alguno que permita afirmar que, de no haberse presentado esa nota (o que aún reconociéndose que supuestamente los directivos del Banco República eran los dueños del Federal Bank) la condonación de pagos no hubiera tenido lugar”. Agregó seguidamente que esta afirmación “encuentra corroboración a partir de las manifestaciones de los propios directores del BCRA, Miguel Angel C. (fs. 10.133/34vta.), Manuel Rubén D. (fs. 10.140/141), Aldo Rubén P. (fs. 10.143/144), Juan Martín E. y (fs. 10.145/146), Roberto Antonio R. (fs. 10.147/vta.), Pedro P. (fs. 10.148/149) y Juan Alberto B. (fs. 10.150), analizadas y valoradas

adecuadamente en la instancia anterior en grado” (cf. fs. 276 s. del incidente de apelación, *itálica agregada*).

La reseña que antecede es a mi entender suficiente para dar crédito a este agravio de arbitrariedad formulado por la apelante. En efecto, el *a quo* ratificó de forma expresa la valoración probatoria ensayada en la instancia previa sin siquiera detenerse en los argumentos de la querella que la descalificaban.

Sin abrir juicio aquí acerca de las consideraciones del BCRA acerca de este punto, es indudable que correspondía al tribunal ponderar si las circunstancias del caso enfatizadas en el recurso desvirtuaban las conjeturas de la Cámara Federal de Apelaciones para postular la irrelevancia causal de las maniobras desplegadas por los imputados. Puntualmente, entiendo que la sentencia impugnada prescindió de evaluar dos circunstancias, cuyo tratamiento era ineludible para dilucidar si las declaraciones testimoniales revelaban la ausencia de nexo causal entre el fraude y la concesión de los beneficios.

Por un lado, el tribunal debía hacerse cargo de la objeción de que la sentencia sometida a su escrutinio había simplificado inaceptablemente la situación financiera imperante en el momento en que se concedieron los beneficios y, de esta manera, había sobreestimado sin fundamento la predisposición del BCRA a auxiliar sin demasiadas exigencias a las entidades financieras.

Por el otro, debía atender a los cuestionamientos de la querella, referidos a que la sentencia del tribunal de apelaciones había omitido valorar que, para la mayoría de los testigos, la eventual asistencia del BCRA -si éste hubiera conocido la vinculación existente entre el Banco República y el Federal Bank- se habría supeditado a otras condiciones. En particular, debía ponderar si, en ese escenario, una de las condiciones adicionales habría sido la presentación de un balance consolidado, que disipara de una vez las dudas sobre la verdadera integración del grupo. Sobre esa base, debía analizar la conclusión de que esa exigencia no habría podido ser satisfecha por el Banco República, toda vez que éste, pese a las pruebas colectadas, jamás reconoció como suya a la sociedad *off shore*.

Considero entonces que ambas razones merecían un tratamiento pormenorizado por parte del *a quo* pues, si se las reputara atendibles, ellas darían fundamento a la conclusión de que las falsedades introducidas en las declaraciones juradas fueron determinantes para la condonación de los cargos.

Las conjeturas del tribunal *a quo*, finalmente, tampoco son aceptables si se las interpreta en el sentido de que la intervención de los imputados, aunque determinante en el curso causal real, quedaba de algún modo neutralizada por la posible irrupción de otras circunstancias hipotéticas que podrían haber ocurrido, pero que tampoco se presentaron. Concretamente, no es posible negar la comisión del delito de estafa con base en el postulado hipotético según el cual si los imputados no hubieran ocultado la verdad, el BCRA habría solicitado requisitos adicionales, que habrían sido satisfechos, y que habría permitido, a raíz de la crisis financiera internacional, que la entidad concediera los beneficios de todas maneras.

Negar la comisión del delito de estafa de ese modo prescinde -sin que se haya ofrecido razón alguna- de una doctrina prácticamente unánime sobre responsabilidad por los resultados delictivos, según la cual el autor de un delito de comisión no puede por regla exonerarse con el argumento de que el resultado lesivo se habría producido de todas formas, en razón de otros cursos causales de producción inminente y necesaria (cf., por ejemplo, Roxin, Claus, Derecho Penal. Parte general, t. I, Madrid, 1997, págs. 368 ss.). En el caso particular de la estafa, esta doctrina implica que el estafador no podría sortear la imputación aduciendo que la víctima, aún sin la concurrencia del engaño, habría efectuado la misma disposición perjudicial en razón de la prodigalidad con la que administraba su fortuna.

En tales condiciones, el tribunal debió ofrecer fundamentos que, sin embargo, no dio, para dejar de lado ese principio general y sostener que la conducta fraudulenta es indiferente, o no imputable al autor, en razón de que la disposición perjudicial habría sido el fruto de otras condiciones hipotéticas probables.

- VIII -

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 18 de junio de 2013. *Eduardo E. Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2014.

Vistos los autos: “Moneta, Raúl Juan Pedro y otros s/ recurso de casación.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace propios, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, para que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho. Notifíquese y remítase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por el **Banco Central de la República Argentina**, representado por los **Dres. Mariano H. Varela y Pablo J. Roa**.

Traslado contestado por: **Raúl J. P. Moneta y Jaime Lucini**, representados por el **Dr. Alejandro Mitchell**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Sala I)**.

JUNIO

ATENCIA, MIRTA CRISTINA c/ MINISTERIO DE JUSTICIA Y
DERECHOS HUMANOS s/ ART. 3 LEY 24.043

EXCESO RITUAL MANIFIESTO

Constituye un exceso de rigor formal concluir que la interposición del recurso directo derechamente ante la sede de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal -que, en definitiva- era donde debía tratarse- impide definitiva e insuperablemente el acceso a dicha instancia judicial, que es la única vía legalmente contemplada para revisar el acto administrativo mediante el cual se había denegado el beneficio reclamado con sustento en la ley 24.043, máxime cuando la redacción de la notificación del acto pudo razonablemente haber generado en la actora un error excusable que la condujo a interponer el recurso directamente ante la cámara que consignaba la propia comunicación y no ante el organismo administrativo pertinente que había dictado la resolución cuyo control por parte del Poder Judicial se promovía.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 46, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) declaró mal interpuesto el recurso de apelación deducido por Mirta Cristina Atencia contra la resolución del Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos 3204/10 que le denegó el beneficio previsto por la ley 24.043.

Para así decidir, puntualizó que, en ocasión de notificarle a la actora dicha resolución, se le informó que ésta era recurrible dentro del plazo de diez días desde su notificación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal; que dicho recurso debía ser fundado y que era el ministerio quien lo elevaría a la Cámara (art. 3º, 2do párrafo de la ley 24.043).

Sin embargo, el recurso fue presentado ante la Secretaría General de dicha Cámara, el 21 de febrero de 2011, en lugar de en sede administrativa, como indicaba la normativa aplicable.

Consideró que la libre elección por parte de los recurrentes en punto a la sede de radicación del recurso provocó la firmeza del acto atacado, toda vez que los recursos fueron presentados en una oficina distinta de la que correspondía y, agregó que, al tratarse del control judicial de un acto administrativo, no rige el principio de “formalismo atenuado” que caracteriza el procedimiento administrativo (art. 1° LPA).

- II -

Disconforme, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 54/75 el que, denegado a fs. 76/77, dio lugar a esta presentación directa.

Sostuvo que el fallo soslayó la cuestión federal existente puesto que afectó de manera clara, directa e inmediata sus garantías y derechos constitucionales en lo que atañe al derecho de defensa y de debido proceso.

Tachó de arbitraria la sentencia por incurrir en un excesivo rigorismo formal frustratorio del derecho de fondo invocado y por sustentarse en fundamentos que no son una derivación razonada de las constancias de la causa a la luz del derecho vigente, de las alegaciones de la parte y de la jurisprudencia citada.

Señaló que, al declarar la alzada mal interpuesto el recurso por no haber sido presentado ante el ministerio, omitió contrastar la falta formal endilgada con su verdadera trascendencia frente a la gravísima consecuencia que esa resolución producía, en tanto denegaba la posibilidad de obtener la tutela judicial efectiva de los derechos de la actora como garantía básica del Estado de derecho, condenándola a perder definitivamente la reparación reclamada.

Destacó que la Cámara hizo caso omiso de lo resuelto por V.E. en un caso análogo al presente en el que la norma aplicable disponía expresamente que el recurso directo contra el acto administrativo cuestionado debía interponerse ante el ministerio competente, pese a lo cual se presentó ante otra repartición administrativa.

Entendió que lo resuelto por el *a quo* le generó una lesión irreparable que restringió su derecho de defensa y el acceso a la jurisdicción, al impedirle el tratamiento de su reclamo en sede judicial.

Agregó que la Cámara también ignoró un precedente de V.E. en el cual resolvió que correspondía admitir el recurso directo previsto en

la ley 24.043 pese a que fue articulado directamente ante la Cámara (Fallos: 332:611).

Expresó que si de conformidad con la jurisprudencia del Alto Tribunal, el principio de formalismo atenuado es aplicable a un recurso directo, que persigue el control judicial de un acto administrativo que se interpuso en una oficina administrativa distinta de la indicada en la ley, dicho criterio también es operativo cuando un recurso de la misma naturaleza es planteado ante el órgano judicial competente para su examen, pese a que debió articularse en sede administrativa para su posterior elevación, como sucede en esta *litis*.

Por último, sostuvo que desde un primer momento manifestó claramente su voluntad de cuestionar judicialmente la resolución 3204/10 mediante la interposición del recurso directo correspondiente, fundado y en término de acuerdo a lo estipulado por el art. 3° de la ley 24.043, aun cuando esa interposición no se efectuó ante el ministerio sino directamente ante el tribunal competente para intervenir. Agregó que tal proceder no afectó derecho alguno de la contraparte y que era la cámara quien debió ejercer sus facultades ordenatorias e instructorias para reencauzar el trámite.

- III -

A mi entender, el recurso extraordinario es admisible porque, aun cuando, en principio, las cuestiones procesales involucradas en una norma de carácter federal (ley 24.043) están reservadas a los jueces de la causa, esta regla admite excepciones si, como ocurre en el *sub lite*, se afecta la garantía de defensa en juicio (v. Fallos: 317:387).

En cuanto al requisito de que el pronunciamiento apelado revista el carácter de sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que pone fin al pleito o hace imposible su continuación o causan un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, considero que, en el caso, la resolución recurrida resulta asimilable a definitiva en atención a que clausura toda posibilidad de acceso a la justicia.

- IV -

Así planteadas las cosas, de las constancias de la causa resulta que, al notificarse la actora de la resolución 3204/10, que le denegó el beneficio previsto por la ley 24.043, el 8 de febrero de 2011, la administración le hizo saber que "...la resolución que deniegue en forma total o parcial el beneficio, será recurrible dentro del los (10) diez días de

notificada ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal” y que “El recurso se presentará fundado, y el Ministerio lo elevará a la Cámara” (v. fs. 98 del expte. agregado).

Ello sentado, aun cuando la ley que rige el trámite de dicho recurso dispone que debe ser interpuesto ante el Ministerio, quien lo elevará a la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, resultaría de un exceso ritual sostener que la errónea interposición de dicho recurso directamente ante la Cámara impide el acceso a dicha instancia judicial para revisar la medida. Ello es así por cuanto, a mi juicio, de la redacción de la notificación arriba transcrita surge que ella puede haber originado un error excusable en la apelante, que la condujo a presentar el recurso directo “ante la Cámara” y no ante el organismo administrativo.

En tales condiciones, aunque se haya presentado aquél ante el tribunal la conclusión de la cámara, que conduce a la pérdida del derecho del recurrente, es incompatible con el debido resguardo de la garantía de defensa en juicio (confr. Fallos: 323:1919 y sus citas).

- V -

En atención a lo expuesto, y sin emitir opinión sobre el fondo del asunto, entiendo que V.E. debe hacer lugar a la queja, conceder el recurso extraordinario, dejar sin efecto el fallo apelado y ordenar que se dicte un nuevo pronunciamiento. Buenos Aires, 8 de noviembre de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa *Atencia, Mirta Cristina c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ art. 3º ley 24.043*”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, declaró mal interpuesto el recurso directo que, según lo previsto en el art. 3º de la ley 24.043, había promovido

la peticionaria contra la resolución 3204/10 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos que, en lo que interesa, denegó el beneficio reclamado con sustento en dicho régimen normativo, por el período durante el cual la interesada alegó haberse visto forzada al exilio con posterioridad a su detención efectiva (fs. 46).

Para sostener esa decisión, la alzada afirmó que la peticionaria había presentado dicho recurso directamente ante la Secretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, omitiendo hacerlo en sede administrativa como lo indicaba la norma aplicable, a pesar de que, al momento de ser notificada de la referida resolución, se le había informado que ésta era “recurríble dentro del plazo de 10 (diez) días ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que dicho recurso debía presentarse fundado y que el Ministerio lo elevaría a la Cámara”.

2º) Que contra esa decisión la actora interpuso recurso extraordinario cuya denegación motiva esta queja, en el que invoca como cuestión federal la doctrina de este Tribunal en materia de sentencias arbitrarias. Sostiene que la decisión de la alzada viola su derecho de defensa al incurrir en un excesivo rigor formal, privándola de una tutela judicial efectiva ante el solo error relativo a la oficina donde debía presentarse el recurso directo. Afirma, a su vez, que la redacción de la mentada notificación resulta confusa en lo atinente a la sede de interposición del referido recurso.

3º) Que el remedio federal es procedente en los términos en los que ha sido promovido, pues si bien las cuestiones sobre la admisibilidad de los recursos locales —por su naturaleza fáctica y procesal— son propias de los jueces de la causa, cabe hacer excepción a dicha regla cuando el examen de los requisitos de un recurso es efectuado con injustificado rigorismo formal, afectando de modo irremediable el derecho de defensa en juicio (Fallos: 300:1185; 313:215; 317:387; 323:1449; 330:1072 y 335:1709).

4º) Que tal situación es la que se verifica en el sub lite, pues constituye un exceso de rigor formal concluir, como lo hizo la cámara interviniente, que la interposición del recurso directo derechamente ante esa sede —que, en definitiva, era donde debía tratarse— impide definitiva e insuperablemente el acceso a dicha instancia judicial, que es la única vía legalmente contemplada para revisar el acto administrativo me-

diante el cual se había denegado el derecho sustancial invocado por el particular. Además, la redacción de la notificación del mencionado acto pudo razonablemente haber generado en la actora un error excusable que la condujo a interponer el recurso directamente por “ante la Cámara” que consignaba la propia comunicación y no ante el organismo administrativo pertinente que había dictado la resolución cuyo control por parte del Poder Judicial se promovía.

5º) Que, en las condiciones expresadas, el excesivo rigorismo formal en que incurrió la alzada afecta de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste a la demandante (ley 48, art. 15) y justifica la invalidación del pronunciamiento a fin de que la pretensión de ésta sea nuevamente considerada y decidida mediante un fallo constitucionalmente sostenible.

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 por su orden. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

Recurso de hecho interpuesto por la Dra. **María Victoria Ramos Gastón**, apoderada de la actora, **Mirta Cristina Atencia**, con el patrocinio letrado del Dr. **Julio Pablo Comadira**.

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

ATVC Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE
PLANIFICACION FEDERAL INVERSION PUBLICA
Y SERVICIOS Y SECRETARIA DE COMUNICACIONES
Y OTROS S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

MEDIDA CAUTELAR

La sentencia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada, en cuanto le prohíbe al Estado Nacional interpretar y modificar la regulación existente en materia de telecomunicaciones, puede frustrar la actuación estatal en protección de los intereses colectivos, lo que es susceptible de causar un agravio de imposible reparación ulterior y de magnitud suficiente para habilitar la vía extraordinaria, sobre todo si se tiene en cuenta que la ponderación de la concurrencia del peligro en la demora se apoya en meras manifestaciones dogmáticas del peticionante, que no se tuvo en cuenta el gravamen que la cautelar causaba al sujeto pasivo y que la resolución constituye un anticipo de tutela judicial, en perjuicio del derecho al debido proceso de los demandados (Disidencia de la jueza Elena I. Highton de Nolasco).

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

-La mayoría desestimó la queja al considerar que el recurso extraordinario cuya denegación la originaba no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 672/682 (del expediente principal a cuya foliatura me referiré en adelante), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III), al confirmar la resolución de primera instancia y su aclaratoria que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC), Cablevisión SA, Multicanal SA y Telecentro SA, ordenó: a) al Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) que se abstuviera de otorgar de modo directo o indirecto, por sí o por otro, una licencia para la prestación de servicios de radiodifusión o sus complementarios, así como a la Comisión Nacional de Comunicaciones

(CNC) y a la Secretaría de Comunicaciones de la Nación (SECOM) dependiente del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios que se abstuvieran de interpretar o modificar la regulación existente, en la esfera de competencia que les corresponda en materia de telecomunicación, de manera que resulte una habilitación explícita o implícita para que las concesionarias de servicios de telecomunicaciones puedan obtener licencias de radiodifusión para prestar servicios de radiodifusión o sus complementarios, bajo cualquier título jurídico y que las licencias que titularizan puedan ser interpretadas como modo de extender su alcance a la prestación de servicios de radiodifusión y b) a Telefónica de Argentina S.A., Telefónica Móviles Argentina SA, Telecom Argentina SA, Telecom Personal SA, Telmex Argentina SA, CTI –Compañía de Teléfonos del Interior SA. Y CTI PCS SA. que se abstuvieran de transmitir, repetir o prestar, por sí o por otro, servicios de radiodifusión o sus complementarios.

Para resolver de ese modo, los magistrados pusieron de manifiesto que *prima facie* aparecía como ajustada a una prudente y razonable interpretación de los marcos regulatorios sub examine -arts. 1º, 8º, 14 al 24 de la ley 22.285 y 2º, 16 y 32 a 45 de la ley 19.798, decretos 62/90, 764/90 (anexo I)-, la existencia de una nítida división entre los ámbitos de prestaciones que pueden ser brindadas por los adjudicatarios de licencias de radiodifusión, de las que pueden ofrecer las licenciatarias de los servicios de telecomunicaciones.

Consideraron que el hecho de que los servicios de radiodifusión -entendidos por tales a los comprendidos en las previsiones contenidas en los arts. 1 y 14 a 24 de la ley 22.285-, cualquiera fuere su modalidad de prestación (aun por demanda de abonado) o el medio técnico que se emplee, brindados por empresas de telecomunicaciones sin contar con la explícita habilitación para ello, implica una indebida vulneración de los límites del ámbito de sus prestaciones y una violación a las restricciones e incumplimiento de los recaudos previstos en los arts. 3 y 8 de la ley 22.285.

Entendieron, por ello, que no era razonable que se alteraran los deberes y prerrogativas que surgen del marco regulatorio de la actividad de tales prestadoras -cuya extensión, alcances y condiciones se encuentran claramente establecidos-, máxime cuando preceptos explícitos determinan con precisión las restricciones a las que se hallan sometidas en orden a la posibilidad de brindar servicios que involucren o impliquen un avance en el ámbito de la radiodifusión.

En tal sentido, puntualizaron que la verosimilitud en el derecho invocado por la actora se hallaba justificado en los marcos regulatorios y convencionales enunciados, razón por la cual no era aceptable que se modificaran los estatus jurídico y de hecho resultantes de la recta aplicación del sistema jurídico ya delineado.

Expusieron que las prohibiciones ordenadas en la cautelar concedida por la jueza de grado daban cuenta de que estaban limitadas a la concesión de licencias para la prestación de servicios de radiodifusión a empresas concesionarias de servicios de comunicaciones, así como a la prohibición de que se interpretara el régimen regulatorio de un modo tal que implicara la habilitación –expresa o implícita– para que aquéllas brindaran prestaciones de las que se encuentran excluidas por imperio del propio sistema normativo y convencional al que se habían sometido.

Destacaron que lo dispuesto en la cautelar atañe a la vigencia de los respectivos marcos regulatorios, sin que ello importe en modo alguno una invasión en la zona de reserva del Poder Ejecutivo Nacional o inmiscuirse en los ámbitos de competencia de los entes públicos destinatarios de la medida en cuestión.

Acotaron que, por exceder el ámbito de las providencias cautelares, no eran objeto de tratamiento en esa etapa –aunque lo serían en oportunidad de dictarse la sentencia de mérito– los aspectos tecnológicos que involucran la actividad de las empresas de telecomunicaciones codemandadas así como las características e implicancias técnicas del espacio radioeléctrico.

Por otra parte, afirmaron que el recaudo del peligro en la demora se encontraba debidamente acreditado por el contenido de las manifestaciones que las empresas codemandadas habían públicamente efectuado, en cuanto anunciaban la inminencia de la puesta en práctica de proyectos orientados a brindar servicios de acceso a contenidos de radiodifusión, lo cual –siempre al modo de ver de los magistrados– prefiguraba un conducta previsible por parte de aquéllas que era susceptible de invadir ámbitos ajenos a su habilitación y de involucrar de manera actual e inminente a las actividades desarrolladas por las actoras.

Con respecto al recaudo de la contracautela estimaron que no se vislumbraba la existencia de un interés económico legítimo, de tal forma que se viese menoscabado o perjudicado –ni siquiera de forma parcial– por su ejecutoriedad, en razón de que el objetivo y la finalidad de la medida dictada no eran otros que el acatamiento y la sujeción al

régimen jurídico vigente, lo cual justificaba la caución juratoria dispuesta en la resolución de grado.

-II-

Contra dicho pronunciamiento el Estado Nacional dedujo el recurso extraordinario de fs. 763/775, el que denegado por la Cámara a fs. 888, da origen a la presente queja.

Se agravia porque: i) la prohibición impuesta en la medida cautelar dictada implica una indebida intromisión del Poder Judicial en la zona de reserva del Poder Ejecutivo, especialmente, en el ámbito del poder de policía en materia de radiodifusión y telecomunicaciones; ii) en la sentencia se tiene por probado, infundadamente, que el Estado Nacional se encuentra tolerando la prestación de servicios de radiodifusión por parte de personas que no tienen licencia habilitante para ello; iii) se considera implícitamente, sin respaldo probatorio alguno, que el Estado Nacional estaría emitiendo licencias de radiodifusión a sujetos que no reunirían las características previstas en la ley 22.285; iv) a los efectos de dictar la medida cautelar la Cámara se atuvo a publicaciones periodísticas; v) la decisión de tribunal de mantener la caución juratoria como contracautela no resiste el menor análisis y vi) se configura en el caso una cuestión federal suficiente y que ocasiona una situación de gravedad institucional, toda vez que de admitirse el criterio sustentado por la Alzada se produciría la virtual paralización de un poder del Estado en su zona de reserva, así como resultarían vulnerados los derechos de los usuarios, consumidores y de la comunidad toda.

-III-

Ante todo, conviene recordar que las sentencias de la Corte deben ajustarse a las condiciones existentes al momento en que se dictan, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 259:76; 267:499; 311:787; 329:4717, entre otros), de tal manera que no corresponde emitir pronunciamiento cuando a la luz de esas circunstancias se ha tornado inoficioso decidir la cuestión materia de agravios (Fallos: 305:2228; 317:711; 329:4096).

En mi concepto, ésta es la situación que se configura en la causa pues con posterioridad a la interposición del recurso extraordinario se sancionó la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, respecto de cuya aplicación todavía no se han pronunciado los jueces de la causa.

Así las cosas, al no subsistir los requisitos jurisdiccionales –cuya comprobación se realiza de oficio– también desaparece el poder de juzgar y resulta inoficiosa la resolución del Tribunal.

-IV-

Por lo expuesto, corresponde declarar inoficiosa la decisión en estos autos por haber sobrevenido una modificación en las circunstancias jurídicas del caso.

No obstante, procede devolver los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se pronuncie sobre la aplicación de la ley 26.522 a esta causa. Buenos Aires, 5 de noviembre de 2009. *Esteban Righi*.

Suprema Corte:

- I -

En el mes agosto de 2007, la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC), Cablevisión S.A., Multicanal S.A. y Telecentro S.A. promovieron una acción declarativa de certeza contra el entonces Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC), la Secretaría de Comunicaciones de la Nación (SECOM) y las empresas Telefónica de Argentina S.A., Telefónica Móviles Argentina S.A., Telecom Argentina S.A., Telecom Personal S.A., Telmex Argentina S.A., CTI - Compañía de Teléfonos del Interior S.A. y CTI PCS S.A.

El objeto de la demanda es, en lo sustancial, que se declare: a) que los servicios de radiodifusión son brindados por las actoras en virtud de títulos jurídicos subjetivos, privativos y excluyentes, con carácter de derechos reales administrativos; b) que el ejercicio de tales derechos no puede ser enervado por las licenciatarias de servicios de telecomunicaciones; c) que les está prohibido a las licenciatarias del servicio básico telefónico (SBT) y de servicios de comunicaciones móviles (SCM) prestar, por sí o por otros, servicios de radiodifusión; d) que toda regulación a dictarse en la materia debe preservar la situación jurídica, económica y de mercado existente al momento de otorgárseles las licencias de tales servicios; y e) que se les debe dar adecuada participación -mediante consulta o audiencia pública- en todo procedimiento de elaboración normativa que altere los regímenes regulatorios de

los servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión (fs. 8/vta. del expte. 33789/2007 -agregado al expte. S.C. A. 752, L. XLIV-, al que me referiré de ahora en más, salvo aclaración en contrario).

En ese marco, la parte actora solicitó el dictado de una medida cautelar que fue concedida en septiembre de 2007 por la jueza de primera instancia. En concreto, la magistrada ordenó: (i) al COMFER, que se inhiba de otorgar licencias para la prestación de servicios de radiodifusión a las empresas de telefonía; (ii) a la CNC y a la SECOM, que se abstengan de interpretar o modificar la regulación existente en materia de telecomunicaciones, de manera que de ello resulte una habilitación explícita o implícita para que las licenciatarias de servicios de telecomunicaciones presten, bajo cualquier título jurídico, servicios de radiodifusión o sus complementarios; y (iii) a las empresas demandadas, que se abstengan de transmitir, repetir o prestar, por sí o por interpósita persona, servicios de radiodifusión o sus complementarios (fs. 316/324 y 327).

Apelada la decisión, en noviembre del mismo año, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la resolución de grado (fs. 672/682).

Para así decidir, el tribunal a quo tuvo por acreditada la verosimilitud del derecho sobre la base de interpretar que los marcos regulatorios de ambos servicios -leyes 22.285 y 19.798, y decretos 62/90 y 764/00 (anexo I)- establecen una clara distinción entre las clases de prestaciones que pueden ser brindadas por los licenciarios de radiodifusión, por un lado, y los de servicios de telecomunicaciones, por otro. Además, tuvo por probada la existencia del peligro en la demora con las manifestaciones efectuadas públicamente por las empresas telefónicas que anunciaban el lanzamiento de proyectos orientados a brindar servicios de acceso a contenidos de radiodifusión.

Contra esa decisión, el Estado Nacional (Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios) interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la presentación del recurso de hecho en consideración (fs. 763/775 y 888).

- II -

El recurrente alega que el pronunciamiento apelado debe ser equiparado a una sentencia definitiva toda vez que es susceptible de originar perjuicios de difícil reparación ulterior. Enfatiza que se encuentra configurado en el sub lite un supuesto de gravedad institucional en tanto la medida cautelar avanza sobre el poder de policía del Estado

Nacional en materia de telecomunicaciones al conculcar competencias regulatorias propias de la Administración.

Señala que el tribunal interpretó erróneamente el derecho federal aplicable al caso; esto es, las leyes federales 22.285 y 25.750, y los artículos 18, 31, 42, 75 y 99 de la Constitución Nacional. Atribuye, además, arbitrariedad a la sentencia apelada sobre la base de que carece de fundamentación suficiente. En particular, alega que la decisión recurrida omite tratar cuestiones oportunamente introducidas.

- III -

A raíz de la sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (ley 26.522), mi antecesor en la Procuración General de la Nación, en su intervención, propició devolver la causa al tribunal a quo para que se pronuncie sobre su aplicación (fs. 85/87 del expte. S.C. A. 752, L. XLIV).

A partir del trámite procesal dispuesto por esa Corte, que ordenó dar traslado a las partes a fin de que se expresaran sobre la nueva ley 26.522 (fs. 91 del expte. S.C. A. 752, L. XLIV), entiendo que las cuestiones señaladas por mi antecesor se encuentran zanjadas y que el recurso interpuesto se encuentra en estado de ser decidido por ese Tribunal.

- IV -

Si bien las resoluciones que ordenan medidas cautelares no revisan, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos del artículo 14 de la ley 48, esa regla cede cuando la medida ordenada pueda originar un agravio que, por su magnitud y circunstancias pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior (Fallos: 328:4493, 4763), y cuando se configura un supuesto de gravedad institucional (Fallos: 329:440) o una cuestión federal suficiente (Fallos: 330:3582; 333:1023).

En particular, la Corte Suprema ha considerado admisible la vía extraordinaria federal con relación a las medidas cautelares que pueden alterar el poder de policía del Estado, o exceden el interés individual de las partes y afectan de manera directa el de la comunidad (Fallos: 307:1994; 312:409; 330:3582).

Estas circunstancias se encuentran presentes en el *sub lite* en tanto la decisión recurrida implica paralizar en forma indeterminada el ejercicio de atribuciones regulatorias del Estado en un ámbito

especialmente dinámico como es el de las telecomunicaciones. En efecto, la resolución apelada, en cuanto le prohíbe al Estado Nacional interpretar y modificar la regulación existente en materia de telecomunicaciones, puede frustrar la actuación estatal en protección de los intereses colectivos, lo que es susceptible de causar un agravio de imposible reparación ulterior y de magnitud suficiente para habilitar la vía extraordinaria. Para más, esas competencias están previstas en normas de carácter federal.

- V -

En el precedente registrado en Fallos: 334:259, la Corte Suprema recordó que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable al peticionante. Allí, al igual que en el precedente registrado en Fallos: 333:1885, advirtió que los jueces deben ser prudentes a los efectos de que esas medidas, que tienen carácter provisorio e instrumental, no se conviertan en una solución anticipada del litigio ni desnaturalicen el derecho federal invocado. El Tribunal apuntó que los magistrados no deben tolerar el abuso de derecho que constituye la petición de medidas cautelares que se apartan de los propósitos y los fines concebidos por el legislador, y que causan un agravio procesal a los sujetos pasivos de las medidas.

A fin de conceder una medida cautelar, se requiere que el peticionante acredite, en forma simultánea, la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora (artículo 230, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 311:2616; 329:4161, entre otros). La concurrencia de ambos requisitos es dirimente a los efectos de que las medidas cautelares no se conviertan en una abusiva adjudicación anticipada de derechos.

En el citado precedente registrado en Fallos: 334:259, la Corte Suprema hizo hincapié en el examen del peligro en la demora y en que este recaudo recaiga sobre un perjuicio irreparable. Luego precisó que “[c]uando se trata de daños reparables (como pueden ser los intereses puramente patrimoniales en demandas contra el Estado) [...] la vigencia de la medida cautelar no puede quedar librada al hiato temporal del proceso cognitivo, cuya excesiva prolongación puede convertirla en los hechos en definitiva. Es en este campo, precisamente, donde las medidas cautelares deberían ser cuidadosamente limitadas en el tiempo, mediante plazos razonables, adecuados a las características particulares de cada supuesto, atendiendo en especial al gravamen que la medida pueda causar al sujeto pasivo, a la naturaleza del proceso o acción en

que se la impetra, al alcance de la prolongación excesiva del proceso en comparación con la pretensión de fondo, etc.” (considerando 6°).

En este marco interpretativo, opino que la medida cautelar apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados del caso. En primer término, la ponderación de la concurrencia del peligro en la demora realizada por el tribunal a quo se apoya en meras manifestaciones dogmáticas del peticionante, y elude ponderar que los daños que, en todo caso, podría sufrir no son de carácter irreparable. Dicho de otro modo, el peticionante no ha demostrado que la concesión de la medida cautelar sea necesaria a los efectos de asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable a su favor. Ello deja carente de sentido el anticipo de jurisdicción que constituye toda medida cautelar.

Para más, a los efectos de analizar la procedencia de la medida, el tribunal a quo no podía dejar de ponderar -tal como lo señaló la Corte Suprema en Fallos: 334:259- el gravamen que la cautelar causa al sujeto pasivo, la naturaleza del proceso y las características particulares del caso. En el caso, en atención al carácter preventivo de la acción declarativa aquí entablada, a la amplitud del objeto de la cautelar y de la demanda, y a la cantidad de los demandados, el a quo debía sopesar que la medida peticionada tendría un alcance tal como para neutralizar significativamente las facultades asignadas al Estado para regular las telecomunicaciones, sin que se halle acreditada la inminencia de un peligro irreparable para los derechos de los peticionantes. Más aún cuando el dictado de medidas cautelares contra el Estado exige por parte de los magistrados un detenido análisis del interés público comprometido (Fallos: 307:1420).

Además, la medida peticionada no está dirigida a suspender un acto consumado o inminente de la Administración ni una conducta específica de las empresas demandadas. Ello impide circunscribir su incidencia a circunstancias concretas, y expande su proyección en forma genérica sobre el poder de policía del Estado, en perjuicio de los intereses colectivos que está llamado a proteger. Así, pone en tela de juicio el cumplimiento de la misión más delicada de la justicia, que es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los demás poderes (Fallos: 333:1023).

Con tal comprensión, la resolución objetada resulta desproporcionada por cuanto, sin mayores elementos, altera el ejercicio del cometido institucional de las autoridades públicas. En este marco, considero que la decisión de la Cámara resulta arbitraria. En efecto, la inexistencia de

un daño irreparable, sumada a la gravosa circunstancia de que, sin habersele fijado un límite razonable para su vigencia, la medida cautelar ordenada restringe -desde hace más de seis años- el ejercicio de las atribuciones legales de las autoridades administrativas, conduce a la revocación de la medida impugnada por cuanto ésta ha perdido su carácter provisional, desnaturalizando los fines para los cuales ha sido dispuesta.

De esta manera, la sentencia de la Cámara constituye un anticipo de tutela judicial, en perjuicio del derecho al debido proceso de los demandados, y no se condice con los fines concebidos por el legislador al contemplar el dictado de medidas cautelares. En estas circunstancias, y tal como advertí recientemente, la obtención de una medida cautelar que coincida sustancialmente con la pretensión principal implica una adjudicación anticipada de derechos que soslaya la tramitación del debido proceso, que es uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico y del estado de derecho (dictamen emitido en los autos “Márquez Alfredo Jorge c/ ANSeS s/ incidente”, S.C., M. 641, L. XLVII, del 28 de junio del corriente año).

- VI -

Por las consideraciones expuestas, opino que corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar el pronunciamiento apelado. Buenos Aires, 6 de diciembre de 2013.
Alejandra Magdalena Gils Carbó.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional en la causa ATVC y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y Secretaría de Comunicaciones y otros”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja en examen, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 88. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y, archívese la queja.

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

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

Considerando:

Que los agravios del recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación de fs. 108/111, a cuyos fundamentos y conclusiones esta Corte se remite en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento apelado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 88. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Secretaría de Comunicaciones, demandado en autos, representado por el Dr. Eduardo José Vilar.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, Secretaría N° 7.

MIRACLE MILE SA (TF 21.150-I) c/ DGI

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Cabe confirmar la sentencia que mantuvo el acto determinativo del impuesto a las ganancias derivado de la venta de un inmueble, pues cuando el art. 59 de la ley de impuesto a las ganancias (t.o. 1986 y sus modificaciones) establece que la ganancia bruta proveniente de la enajenación de inmuebles, que no tengan el carácter de bienes de cambio, se determina restando del precio de la operación de venta el costo computable correspondiente que en el caso de los inmuebles adquiridos se encuentra conformado por “[e]l costo de adquisición -incluidos los gastos necesarios para efectuar la operación- actualizado desde la fecha de compra hasta la fecha de enajenación, la expresión “costo” se refiere a la cantidad que se paga por una cosa, por lo que el costo de adquisición de dicho bien constituye el sacrificio económico realizado por el contribuyente para adquirirlo.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Cabe confirmar la sentencia que mantuvo el acto determinativo del impuesto a las ganancias derivado de la venta de un inmueble, pues el quinto párrafo del art. 81 de la ley 11.683 (t.o. en 1998) -invocado por la accionante a fin de compensar el ajuste del precio de venta de los inmuebles con el pretendido costo de adquisición de éstos- exige, a los efectos de la compensación allí prevista, que la modificación de la apreciación del concepto que originó el ajuste fiscal hubiera dado lugar a pagos improcedentes o en exceso por parte del contribuyente con motivo de la apreciación rectificadora, extremo que supone, como requisito para la procedencia de aquélla, la necesidad de que las apreciaciones se encuentren referidas al mismo concepto al que aluden el contribuyente y el ente recaudador, y, en cambio, en el caso, el crédito alegado por la actora para compensar el ajuste fiscal hasta su eventual anulación -cuyo reconocimiento fue rechazado- no deriva de la apreciación del mismo concepto que impugna la AFIP -el precio de venta de los inmuebles-, sino de otro distinto de aquél, como lo es el costo de adquisición de los bienes.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Miracle Mile S.A. (TF 21.150-I) c/ DGI”.

Considerando:

1º) Que la AFIP-DGI, mediante resolución de fecha 12 de diciembre de 2002, determinó de oficio la obligación tributaria de la actora en el impuesto a las ganancias por el período fiscal 1997 por un importe de \$ 4.474.859,47, y liquidó los respectivos intereses resarcitorios. Asimismo, dispuso que el sumario instruido de conformidad con lo establecido por los arts. 70 y 71 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y modif.), se sustancie y se resuelva una vez dictada la sentencia definitiva en sede penal, de acuerdo con lo prescripto por el art. 20 de la ley 24.769 (confr. fs. 5/18).

2º) Que según surge de los fundamentos de dicha resolución, la posición del Fisco Nacional se fundó en considerar que la actora había consignado en la declaración jurada del impuesto a su cargo un monto inferior al que correspondía por la venta de los inmuebles que integran el predio denominado Paseo Recoleta. Para llegar a esa conclusión el organismo fiscal verificó que el 25 de septiembre de 1997, mediante sendas escrituras públicas con numeración correlativa expedidas por el mismo escribano, Miracle Mile S.A. vendió los referidos inmuebles a un precio de u\$s 4.700.000 a la señora María Claudia Alonso —cónyuge del arquitecto Jorge Héctor Bernstein a la sazón Presidente y socio mayoritario de la mencionada sociedad— quien seguidamente los revendió a la empresa Village Cinemas S.A. a un precio de u\$s 18.000.000. En consecuencia —sobre la base del principio de la realidad económica (conf. arts. 1º y 2º de la ley 11.683, t.o. 1998)—, descalificó la primera operación por ser un acto simulado, y tomó como precio real de venta en cabeza de la actora el de la segunda. Sentado lo que antecede, el organismo fiscal concluyó que la actora había declarado en defecto la base imponible del tributo, motivo por el cual determinó la obligación tributaria de Miracle Mile S.A. y liquidó el impuesto sobre la diferencia entre el importe de \$ 18.000.000 (equivalente a u\$s 18.000.000 de acuerdo con la paridad entonces vigente) y el de \$ 4.700.000 (equivalente a u\$s 4.700.000).

3º) Que a fin de facilitar la comprensión de la causa resulta conveniente efectuar una breve reseña de los argumentos desarrollados por la actora al apelar la resolución determinativa de oficio ante el Tribunal Fiscal de la Nación (fs. 19/41) y de los términos expuestos por la AFIP al contestar el referido recurso (fs. 52/57 vta.).

Cabe destacar, en primer término, que en su escrito de apelación ante el Tribunal Fiscal, la actora no impugnó el ajuste del precio de venta de los inmuebles, sino que alegó que había incurrido en un error al elegir el procedimiento “utilizado para reflejar la operatoria de venta” (confr. fs. 22 vta.), y controvertió la liquidación del impuesto contenida en la determinación de oficio, por la vía de cuestionar el costo de adquisición de los bienes. Si bien la AFIP había tomado como tal el registrado por la propia actora en sus libros contables y que ésta había consignado en la declaración jurada del impuesto a las ganancias correspondiente al período fiscal 1997, la accionante adujo en su apelación ante el Tribunal Fiscal que había incurrido en error al registrar el mencionado costo de adquisición en sus libros contables y al expresarlo en su declaración jurada, pues lo había calculado únicamente sobre la base del precio pagado por los inmuebles, sin contemplar, además, el importe de las hipotecas y gravámenes que pesaban sobre aquéllos y que Miracle Mile S.A. había asumido en la respectiva escritura de compra. Adujo que solo con motivo de las tareas de investigación y fiscalización llevadas a cabo por el ente recaudador advirtió el error en el que había incurrido, circunstancia que planteó ante la AFIP al contestar la vista que dio inicio al procedimiento de determinación de oficio, con la finalidad de que ese organismo computase contra el precio de venta de \$ 18.000.000, el mayor valor atribuido al costo de adquisición derivado de considerar la totalidad de los conceptos que lo conforman, actualizados desde el 18 de enero de 1989, fecha de compra de los inmuebles, hasta el 31 de marzo de 1991. Desde tal perspectiva, afirmó que el recurso de apelación interpuesto contra la resolución determinativa tenía por finalidad “reducir, o a lo sumo, anular el beneficio impositivo incrementado por el acto administrativo” (confr. fs. 27 vta.). Adicionalmente alegó que también debían computarse contra el precio de venta ajustado: a) los demás gastos involucrados en la compra (confr. fs. 20 *in fine* /20 vta. y 25 *in fine*), b) los gastos incurridos en la segunda escrituración de venta entre la señora Alonso y Village Cinemas S.A. y c) el impuesto a la transferencia de inmuebles abonado por la señora Alonso con motivo de la operación antes referida (confr. fs. 25 vta.).

4º) Que al contestar el recurso de apelación deducido por la actora (fs. 52/57 vta.) la representación del ente recaudador señaló que no correspondía considerar un costo de adquisición diferente del que Miracle Mile S.A. había consignado en la declaración jurada del impuesto a las ganancias del período fiscal 1997 porque se trataba de un concepto que no había sido objeto de impugnación durante el procedimiento de determinación de oficio llevado a cabo por la AFIP (confr. fs. 52 vta.). Señaló que Miracle Mile S.A. no había pagado el saldo de \$ 85.859,47 emergente de la declaración jurada del impuesto a las ganancias de aquel período fiscal y que con posterioridad a su presentación tampoco había cambiado —mediante la pertinente presentación de la declaración jurada rectificativa— ninguno de los conceptos originariamente manifestados.

En virtud de lo expuesto sostuvo que la actora pretendía fijar “una nueva base imponible” por aspectos y conceptos que nunca declaró como tales y que tampoco habían sido motivo de ajuste (confr. fs. 55 vta.). En esa inteligencia adujo que la pretensión de la actora implicaba revisar un punto ajeno al fondo de la causa e importaba una repetición encubierta (confr. fs. 55). Por lo demás, argumentó que tampoco resultaba procedente computar, a los efectos de la liquidación del gravamen, los gastos incurridos por la escrituración realizada entre la señora Alonso y Village Cinemas S.A., pues esa postura era asimilable a considerar deducible cualquier gasto incurrido “para cometer ilícitos de cualquier naturaleza” (confr. fs. 55 vta.). Finalmente, señaló que no correspondía compensar el impuesto a la transferencia de inmuebles abonado por la señora Alonso con motivo de la primer venta simulada porque ninguna norma preveía esa posibilidad entre contribuyentes distintos entre sí (confr. fs. 56).

5º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación hizo lugar al recurso interpuesto por Miracle Mile S.A., y en consecuencia, revocó la determinación de oficio (fs. 485/486 vta.). Para así resolver, consideró que la AFIP, al reconstruir la materia imponible correspondiente al impuesto a las ganancias de la actora por el período fiscal 1997, atribuyó el correcto precio de venta de los inmuebles transferidos a Village Cinemas S.A., pero que había omitido computar debidamente el costo de adquisición de los bienes, de acuerdo con las pautas establecidas en el art. 59 de la ley del tributo. Para sustentar esa aseveración, señaló que de los peritajes contables producidos en la causa penal —de los que se agregaron copias certificadas en las presentes actuaciones (confr. auto de fs. 373

y peritajes agregados a fs. 379/402 y 403/427 vta.)— surgían rubros que no se habían contemplado en el costo de adquisición de los inmuebles, tales como deudas hipotecarias y otros gravámenes que la actora, al margen del pago del precio en efectivo, había asumido en la misma escritura de compra. Asimismo, tuvo en cuenta que según los peritos, el referido costo computable ascendía, tomando en consideración la totalidad de los ítem antes señalados, a un monto actualizado al 31 de marzo de 1991 de \$ 21.718.649,69 que generaba quebranto en el ejercicio comercial del año 1997. Con tal comprensión, y tras señalar que ese tribunal carecía de facultades para reconstruir en esa instancia la materia imponible, revocó la resolución apelada por la actora.

6º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación y, en consecuencia, mantuvo el acto determinativo del impuesto (fs. 598/605). Para así resolver, la alzada sostuvo que el organismo jurisdiccional había incurrido en una deficiente valoración de las pruebas reunidas en el proceso, lo cual imponía a la cámara la revisión de lo decidido por aquél, no obstante la limitación establecida al respecto por el art. 86, inc. b de la ley 11.683 (t.o. en 1978). En tal sentido, señaló que la actora no había demostrado la realización de los gastos que alegó como integrantes del costo de adquisición de los inmuebles. Así, consideró que no se encontraba acreditado el pago de los créditos hipotecarios que la actora había asumido en calidad de deudora porque no había probado la efectiva recepción de los fondos en el patrimonio del acreedor. Por otra parte señaló que de la documentación agregada y de los peritajes contables producidos en la causa penal solo surgía la asunción de los pasivos hipotecarios, pero no su cancelación por parte de Miracle Mile S.A. También puso de relieve que la actora nunca había asentado en su contabilidad la asunción de las referidas deudas hipotecarias y que solo las había registrado al rectificar los asientos contables a fin de la realización de los peritajes en sede penal. En atención a lo expuesto señaló que los referidos dictámenes carecían de idoneidad probatoria porque con independencia de haber sido confeccionados sobre la base de asientos contables rectificadas tampoco existía documentación que respaldara la realización de las erogaciones allí detalladas. Por lo demás, objetó los mencionados peritajes en cuanto incluyeron para el cálculo del costo de adquisición de los inmuebles los intereses compensatorios y punitivos originados por el saldo impago del capital de las deudas asumidas por la actora. Finalmente el a quo sostuvo que tampoco correspondía computar los gastos e impuestos abonados por la señora Alonso con motivo

de la venta que simuló realizar con Miracle Mile S.A. Al respecto señaló que el penúltimo párrafo del art. 81 de la ley 11.683 permite la compensación de pagos improcedentes o en exceso por el mismo u otro gravamen, en la medida en que hubieran sido realizados por el mismo contribuyente, circunstancia que no se verificaba en el caso. Por lo demás, consideró que no se hallaba acreditada la existencia y monto de tales gastos.

7º) Que contra esa sentencia, la actora interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 609) que fue concedido a fs. 611. El memorial de agravios obra a fs. 617/640 vta. y su contestación a fs. 670/680 vta. 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.

8º) Que la cuestión central a decidir en la presente causa consiste en establecer si, a los efectos de la determinación del resultado en el impuesto a las ganancias derivado de la venta de los inmuebles efectuada por Miracle Mile S.A. a Village Cinemas S.A., corresponde computar contra el precio de venta ajustado (\$ 18.000.000), el costo de adquisición de los mencionados bienes que, según la actora, se hallaría integrado —además del precio de venta— por el valor original de las hipotecas y demás gravámenes que pesaban sobre tales bienes y que la empresa asumió al momento de su compra en la respectiva escritura traslativa de dominio, que por error —alega— omitió considerar en su momento. En síntesis, la accionante argumenta, con base en los importes expresados de los peritajes contables producidos en la causa penal, que el costo de adquisición de los inmuebles “determinado en base a lo que surge de la propia escritura traslativa de dominio [es decir, tomando el precio oportunamente pagado y el valor de los gravámenes] equivale a la suma de \$ 21.718.649,69” y que, en consecuencia “la operación habría arrojado un quebranto de \$ 3.718.649”. Al respecto, aduce que el a quo ha incurrido en una serie de errores que revelan su confusión en cuanto al modo en que, según la ley del impuesto —art. 59—, debe determinarse el costo de adquisición de los inmuebles (confr. fs. 621 vta. y 629 vta./635 vta, y 638/641).

9º) Que al respecto resulta necesario señalar, en primer término, que de las constancias de la causa, y tal como ha sido expresamente reconocido por la apelante, el arquitecto Jorge Héctor Bernstein era el

accionista mayoritario común de Miracle Mile S.A. y de Palacio Atucha S.A. (confr. resol. 666/02 —fs. 9 y 10—, contestación de agravios ante la cámara —fs. 555 vta. *in fine*— y memorial de agravios —fs. 621 vta., 2º párr.; fs. 637, 4º párr.—). Asimismo, cabe destacar que Jorge Héctor Bernstein, Miracle Mile S.A. y Palacio Atucha S.A. participaron, junto a María Claudia Alonso —cónyuge de Bernstein— y a Raúl Eduardo Alonso, en la realización de una serie de operaciones inmobiliarias que culminaron en la venta de los inmuebles del Paseo de la Recoleta a Village Cinemas S.A. por valor de u\$s 18.000.000 que el ente recaudador le atribuyó íntegramente a Miracle Mile S.A. por aplicación del principio de la realidad económica —arts. 1º y 2º de la ley 11.683, t.o. en 1998 y sus modificaciones—.

10) Que en efecto, de la documentación incorporada en la causa surgen las siguientes circunstancias:

1. Raúl Eduardo Alonso —actuando con dinero de Miracle Mile S.A. y para esa sociedad— compró a terceros por escritura del 18 de enero de 1989 un primer grupo de inmuebles ubicados en las calles Vicente López 2008 al 2898, Junín 1664/70 y Presidente José Evaristo Uriburu 1789/99 de la Capital Federal, sobre los que se hallaban constituidos gravámenes. Esta compra fue aceptada por Miracle Mile S.A. el 4 de mayo de 1992 (confr. fs. 424/446 y 496).

2. Los créditos garantizados con los gravámenes que pesaban sobre los aludidos inmuebles fueron cedidos por el Banco Central de la República Argentina —en su condición de liquidador de la entidad financiera acreedora original de tales créditos— a Palacio Atucha S.A. La cesión del 25% de los créditos con garantía hipotecaria se llevó a cabo por escritura pública del 20 de julio de 1992 en la que intervino María Claudia Alonso actuando para y con dinero de la sociedad Palacio Atucha S.A. (fs. 466/476). La cesión del 75% de los créditos con garantía hipotecaria restantes se instrumentó a través de la escritura pública del 22 de octubre de 1993, en la que intervino Héctor Jorge Bernstein en su calidad de Presidente de la sociedad mencionada (fs. 448/462).

3. María Claudia Alonso, esta vez actuando en comisión para Miracle Mile S.A., compró por escritura del 20 de diciembre de 1996 a Palacio Atucha S.A. —representada en el acto por Jorge Héctor Bernstein en su calidad de Presidente— el inmueble ubicado en José Evaristo Uriburu 1775 de la Capital Federal que había sido adquirido por

la sociedad vendedora el 19 de junio de 1990 en subasta judicial. Esta compra fue aceptada por Miracle Mile S.A. por escritura pública del 30 de julio de 1997 (confr. fs. 511/514 y 496).

4. El 23 de septiembre de 1997 María Claudia Alonso, Raúl Eduardo Alonso y Jorge Héctor Bernstein, en su calidad de vendedores de los inmuebles detallados en los puntos 1 y 3 precedentes, suscribieron un convenio confidencial con Village Cinemas S.A. en el que se fijó el precio en U\$S 18.000.000 (conf. act. adm. 'Miracle Mile S.A.', Anexo 2/4, fs. 258/264).

5. El 25 de septiembre de 1997 Miracle Mile S.A., representada por Héctor Jorge Bernstein en su calidad de Presidente, vendió por escritura 2257 a María Claudia Alonso de Bernstein los inmuebles detallados en los puntos 1 y 3 precedentes a un precio de u\$s 4.700.000 manifestando que u\$s 2.000.000 fueron abonados antes del acto de la escrituración y que los u\$s 2.700.000 restantes constituyen deudas que Miracle Mile S.A. mantenía con Palacio Atucha S.A. (fs. 489/500).

6. En la misma fecha, María Claudia Alonso de Bernstein, por escritura 2258, vendió los inmuebles anteriormente adquiridos, libres de embargos, hipotecas u otros derechos reales, a Village Cinemas S.A. por un precio de u\$s 18.000.000 (fs. 501/508).

11) Que, sentado lo que antecede, cabe señalar que el art. 59 de la ley de impuesto a las ganancias (t.o. 1986 y sus modificaciones) establece que la ganancia bruta proveniente de la enajenación de inmuebles que no tengan el carácter de bienes de cambio se determina restando del precio de la operación de venta el costo computable correspondiente que en el caso de los inmuebles adquiridos se encuentra conformado por “[e]l costo de adquisición —incluidos los gastos necesarios para efectuar la operación— actualizado desde la fecha de compra hasta la fecha de enajenación”.

12) Que cabe recordar que esta Corte ha señalado que cuando se encuentra en discusión el alcance que corresponde asignar a una norma de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647, considerando 5º, y sus citas, entre muchos otros).

13) Que en la tarea de precisar el alcance de la disposición involucrada en la causa no pueden soslayarse las pautas que para la exégesis en materia tributaria contienen los arts. 1º y 2º de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones), conforme a las cuales cabe atender —más allá de la denominación o tratamiento discrecionalmente adoptado en cada caso por los particulares— a la real naturaleza de los actos, situaciones y relaciones que realicen, persigan o establezcan los contribuyentes, de modo tal que no se desconozca la finalidad de la norma y su significación económica (Fallos: 315:2798, considerando 6º, y sus citas).

14) Que la expresión ‘costo’ se encuentra referida a ‘la cantidad que se da o se paga por una cosa’ (confr. Diccionario de la Real Academia Española, voz ‘costo’, 1ª acepción), por lo que cabe razonablemente concluir que el costo de adquisición de un inmueble constituye el sacrificio económico realizado por el contribuyente para adquirir dicho bien.

15) Que el valor de origen de las hipotecas y otros gravámenes, incluidos los respectivos intereses compensatorios y punitivos, que la apelante pretende oponer como costo de adquisición a la AFIP, asciende a \$ 21.611.023,44 (cálculo que surge de tomar el valor histórico de las deudas a la fecha de adquisición de los inmuebles —18 de enero de 1989—: \$ 28.918,65 multiplicado por el coeficiente de actualización entre esa fecha y el 31 de marzo de 1991: 747,3040214, elementos que surgen de los ptos. 2, 3 y 5 de los peritajes agregados a la causa, en particular fs. 382, 384, 409 vta. y 412 vta.). Sin embargo, tales deudas fueron canceladas por Palacio Atucha S.A. —como se vio, una sociedad económicamente vinculada con el arquitecto Bernstein— por un valor total de \$ 2.136.101,76 al constituirse en cesionaria de los créditos garantizados con los gravámenes originalmente asumidos por la actora (el importe de \$ 2.136.101,76 surge de la sumatoria de los montos de \$ 327.101,76 y \$ 1.809.000 consignados en las escrituras públicas de fechas 20 de julio 1992 y 22 de octubre de 1993 por medio de las cuales se instrumentó la referida cesión de créditos del Banco Central de la República Argentina a Palacio Atucha S.A., confr. fs. 466/476 y 448/462).

16) Que por aplicación del mencionado principio de la realidad económica —invocado expresamente por la actora para fundar ante el Tribunal Fiscal su pretensión de incluir en el objeto de la litis el cómputo del costo real de los inmuebles para determinar el resultado impositi-

vo de la operación (confr. escrito de fs. 19/41, en especial fs. 25)— cabe concluir que a los efectos fiscales se ha verificado la extinción de los gravámenes que pesaban sobre los inmuebles involucrados en autos a un valor de \$ 2.136.101,76, al ser indudable la identidad económica existente entre las entidades deudora y acreedora de los créditos garantizados en cuestión. Consecuentemente, el sacrificio económico alegado por la accionante como constitutivo del costo de adquisición de los inmuebles conformado por el ítem ‘hipotecas y otros gravámenes’ no asciende al alegado monto de \$ 21.611.023,44 sino al que efectivamente se incurrió para cancelar esas obligaciones y que según las escrituras de cesión glosadas a la causa asciende a \$ 2.136.101,76. En tales condiciones, resulta inaceptable que la contribuyente pretenda beneficiarse con la cristalización del costo devengado de las deudas asumidas el 1º de febrero de 1989 —alegando que aquél no puede modificarse por un hecho posterior (confr. contestación de agravios ante la cámara, fs. 544/558 vta., en especial fs. 555 vta. y 556)— cuando de conformidad con la situación real que surge de la presente causa nunca incurrió en un sacrificio patrimonial equivalente al valor teórico alegado de las hipotecas examinadas sino en un monto diez veces menor a aquél, según surge de lo expresado. Además, debilita la posición de la actora el hecho de que el costo de adquisición que alega fue invocado por su parte al solo efecto de neutralizar el ajuste fiscal originado en la omisión de pago del impuesto respecto de una ganancia de venta no declarada de \$ 13.300.000.

17) Que, por lo demás, resulta inatendible el argumento de la apelante, tendiente a señalar que la aplicación del principio de la realidad económica por parte del ente recaudador —al descorrer el velo societario de Miracle Mile S.A. y Palacio Atucha S.A.— importaría la atribución del resultado de la operación fiscalizada a su accionista mayoritario común —el arquitecto Jorge Héctor Bernstein— respecto del cual no se habría acreditado la realización de otras operaciones inmobiliarias para tener por configurado el requisito de periodicidad que el art. 2º, ap. 1, de la ley del impuesto prevé a los efectos de la aplicación del gravamen a las personas físicas (confr. memorial de agravios, punto V.1, fs. 636/637 vta.). En efecto, lo precedentemente expuesto y el contenido de las copias de las actas de directorio y asamblea de Miracle Mile S.A. y de Palacio Atucha S.A. dan cuenta de que el señor Bernstein utilizó ambas sociedades para realizar operaciones inmobiliarias desde el año 1985 y 1989, respectivamente, en adelante (conf. act. adm. Anexo 1/4 —fs. 159/200—; Anexo 2/4 —fs. 202/217 y 375/387—; cuerpo

caratulado 'Miracle Mile S.A.', caja 6: 4. Anexo 'Miracle Mile' en 42 fs. y cuerpo caratulado 'Miracle Mile S.A.', cuerpo 2/2 —fs. 213/241—).

18) Que, en función de lo expuesto, corresponde señalar que el quinto párrafo del art. 81 de la ley 11.683 (t.o. en 1998) —invocado por la accionante a fin de compensar el ajuste del precio de venta de los inmuebles con el pretendido costo de adquisición de éstos— exige, a los efectos de la compensación allí prevista, que la modificación de la apreciación del concepto que originó el ajuste fiscal hubiera dado lugar a pagos improcedentes o en exceso por parte del contribuyente con motivo de la apreciación rectificadora, extremo que supone, como requisito para la procedencia de aquélla, la necesidad de que las apreciaciones se encuentren referidas al mismo concepto al que aluden el contribuyente y el ente recaudador. Sin embargo, como surge de autos, el crédito alegado por la actora para compensar el ajuste fiscal hasta su eventual anulación —cuyo reconocimiento fue rechazado en los términos que surgen de los precedentes considerandos— no deriva de la apreciación del mismo concepto que impugna la AFIP —el precio de venta de los inmuebles— sino de otro distinto de aquél, como lo es el costo de adquisición de los bienes.

19) Que, por otra parte, el agravio de la apelante referente a que corresponde la reliquidación del ajuste fiscal en cuanto el organismo recaudador “no ha considerado la actualización del precio abonado” por la compra de los inmuebles al calcular su costo de adquisición (confr. memorial de agravios, pto. VI, fs. 639 vta.) también resulta improcedente toda vez que al apelar la resolución determinativa de oficio ante el Tribunal Fiscal la actora reconoció que el procedimiento seguido por la AFIP a tal efecto, consistió en “considerar como costo de compra la suma de 250.000 australes, es decir \$ 25, actualizado conforme lo establece la ley 20.628, sin tener en cuenta las deudas hipotecarias ...” (el subrayado es del Tribunal, confr. fs. 21).

20) Que finalmente cabe también desestimar el agravio dirigido contra la consideración efectuada por el a quo, en cuanto a que no corresponde computar a los efectos de la liquidación del gravamen los gastos e impuestos que la señora Alonso habría realizado con motivo de la compra simulada de los inmuebles a Miracle Mile S.A. (confr. fs. 640), toda vez que el argumento expuesto carece del desarrollo necesario para refutar la conclusión a la que se llega en la sentencia del a quo.

21) Que los fundamentos expresados en los considerandos que anteceden, y las conclusiones a las que se llega, determinan que resulte inoficiosa la consideración de los restantes agravios formulados por la actora.

Por ello, en virtud de los fundamentos expuestos en la presente, se confirma la decisión apelada y, en consecuencia, se mantiene la resolución de la AFIP-DGI cuya apelación dio origen a estos autos. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso ordinario de apelación interpuesto por **Miracle Mile S.A.**, representada por la Dra. **Margarite Victorio D'Amico**, con el patrocinio letrado del Dr. **Miguel José Cucchietti**, el memorial de agravios por el Dr. **Miguel José Cucchietti**, con el patrocinio letrado del Dr. **Gastón Arcal**.

Traslado contestado por el **Fisco Nacional (AFIP - DGI)**, representado por el Dr. **Hernán Andrés Spina**, con el patrocinio letrado de la Dra. **Agostina Carla García**.

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

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

ROCH S.A. c/ DGA s/ RECURSO

DERECHOS DE EXPORTACION

Cabe confirmar la sentencia que condenó a la Dirección General de Aduanas a devolver a la actora los derechos de exportación abonados respecto de tres permisos de embarque, pues a la fecha en que se registraron tales permisos no existía norma válida alguna que restase vigor a lo establecido por el art. 13, inc. c, de la ley 19.640, en cuanto a que tales exportaciones estaban exentas de derechos de exportación, sino que, a la referida fecha había expirado el plazo de cinco años que preveía el art. 6 de la ley 25.561, en tanto que la ley 26.217 entró en vigencia el 16 de enero de 2007, es decir, después del registro de las aludidas destinaciones de exportación.

DERECHOS DE EXPORTACION

Cabe confirmar la sentencia que condenó a la Dirección General de Aduanas a devolver a la actora los derechos de exportación abonados respecto de tres permisos de embarque, pues la resolución 776/06 del Ministerio de Economía y Producción -con base en la cual el organismo aduanero exigió el pago del gravamen cuya repetición se persigue- no puede dar sustento válido a la posición del organismo aduanero dado que, como se estableció en el caso “YPF S.A. c/ E.N. M° de Economía” (Fallos 335:1716), se trata de un reglamento portador de un serio defecto de origen y que resulta inválido en tanto transgrede el principio de reserva de la ley que rige en materia tributaria, pues pretendió extender el alcance de un tributo (art. 6 de la ley 25.561 y sus modif.) mediante un mecanismo ubicado claramente a extramuros de la única forma que la Constitución Nacional prevé, es decir, mediante ley formal.

DERECHOS DE EXPORTACION

Cabe confirmar la sentencia que condenó a la Dirección General de Aduanas a devolver a la actora los derechos de exportación abonados respecto de tres permisos de embarque, pues teniendo en cuenta que la ley 26.217 fue publicada en el Boletín Oficial cuatro días después del registro de los permisos de embarque, no es admisible fundar el cobro de los derechos de exportación en lo dispuesto por ella, ya que tal pretensión se opone a la doctrina en cuanto a que el principio de reserva de la ley, de rango constitucional y propio del Estado de Derecho, únicamente admite que una norma jurídica con la naturaleza de ley formal tipifique el hecho que se considera imponible y que constituirá la posterior causa de la obligación tributaria, dado que ninguna carga de esa naturaleza es exigible sin la preexistencia de una disposición legal válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones, no pudiendo el Congreso Nacional disponer hacia el pasado sobre tal materia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 179/183 de los autos principales (a los que se referirán las siguientes citas), la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de la instancia anterior (ver fs. 104/119) y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda, ordenando a la Dirección General de Aduanas que devolviera los derechos de exportación abonados por la actora con relación a tres permisos de embarque documentados el 12 de enero de 2007, por exportaciones de hidrocarburos realizadas desde el Área Aduanera Especial de Tierra del Fuego, regulada por la ley 19.640 (AAE en adelante).

Tuvo en consideración que, al momento de oficializarse los permisos de embarque, se le liquidaron los derechos de exportación de acuerdo con la resolución 776/06 del Ministerio de Economía y Producción, que dispuso la aplicación del gravamen creado por el art. 6° de la ley 25.561 también a las operaciones realizadas desde el AAE.

Tras realizar una reseña y estudio de las normas involucradas en el caso, citó un precedente suyo resuelto por la vía del amparo, en el que había establecido que la citada resolución 776/06 no resultaba manifiestamente inconstitucional, toda vez que se había dictado en el marco de la ley de emergencia 25.561, dentro de un conjunto de medidas tendientes a conjurar la crisis económica y financiera desatada en el país.

Sin embargo, consideró que tales criterios no eran trasladables al caso de autos, puesto que a la fecha de oficialización de los permisos de embarque ya había expirado el plazo de cinco años establecido por la ley 25.561, y que la ley 26.217 entró a regir a partir del 16 de enero del año 2007, prorrogando el gravamen indicado, y disponiendo su aplicación retroactiva a partir del 7 de enero del 2007.

Por ende, destacó que el debate en la especie se circunscribe a la aplicación retroactiva de una norma tributaria, que reiterada y pacífica jurisprudencia de esa Corte ha desestimado por ser contraria a principios elementales de la Constitución Nacional, puesto ella que si bien no contiene una prohibición expresa contra tal retroactividad, garantiza la inviolabilidad de los derechos adquiridos.

Y tal situación se da aquí puesto que el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y formales para ser titular de un derecho, de manera tal que éste no puede ser vulnerado sin causar afrenta a la garantía de la propiedad consagrada en el art. 17 de la Carta Magna.

-II-

A fs. 187/199 vta. luce el recurso extraordinario presentado por la demandada, cuyo rechazo a fs. 220/220 vta., dio origen a esta presentación directa.

Indica que se halla en juego la interpretación de normas federales contenidas en las leyes 19.640, 25.561 y 26.217. En particular, puntualiza que esta última, publicada el 16 de enero del 2007, ordenó que sus efectos se retrotraerían al 7 de enero anterior.

Señala que si bien el Código Civil dispone en su art. 3° que las leyes rigen en principio para el futuro, ello es así en tanto no dispongan lo contrario.

Añade que si bien la ley fue sancionada el 20 de diciembre de 2006, hubo una serie de circunstancias que no permitieron su inmediata publicación, motivo por el cual el plazo fijado devino, en los hechos, retroactivo.

Sostiene que la actora estaba enterada del contenido de la norma antes de su publicación, debido a que ella fue anunciada por la prensa, y además que la mercadería comprendida en los permisos de embarque recién fue cargada a posteriori de la entrada en vigor de la ley, los días 29 de enero y 3 de febrero de 2007, por lo que atribuye a la actora la intención de manipular el derecho, en sentido contrario a la intención del legislador.

En conclusión, afirma, no existe en autos un derecho constitucional vulnerado.

-III-

Con relación a la procedencia formal del remedio federal intentado, estimo que éste resulta admisible, pues remite a la interpretación que cabe otorgar a normas de carácter federal (leyes 19.640, 25.561 y 26.217; resolución 776/06 del Ministerio de Economía), y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ella (art. 14, inc. 3°, ley 48).

Por otra parte, hay que tener presente que, en la tarea de establecer el correcto sentido de normas de tal naturaleza, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto (art. 16 de la ley 48), según la inteligencia que ella rectamente les otorgue (arg. Fallos: 307:1457; 310:2200; 314:529 y 1834; 320:1915, entre otros).

-IV-

Para el correcto encuadramiento de la cuestión aquí en debate, estimo que es imprescindible dilucidar, en primer término, el momento en que se perfecciona el hecho imponible de los derechos de

exportación puesto que ese instante lleva a determinar cuál es la legislación tributaria aplicable y, en segundo lugar, dirimir, en concreto, cuál es esa legislación.

-V-

Con relación al primer punto indicado, tal como lo ha señalado el Tribunal en Fallos: 328:1750, los arts. 726, 729 y 830 del Código Aduanero son claros al establecer que al momento de registrarse la solicitud de destinación de exportación quedan fijadas las obligaciones y derechos del documentante en torno a la operación que instrumenta.

En tales condiciones, es preciso recordar que está fuera de debate que los permisos de embarque de las tres operaciones aquí en crisis fueron presentados el 12 de enero de 2007, fecha en la cual, a la luz de las normas señaladas, se determinan las consecuencias tributarias del hecho imponible respectivo, según la legislación aplicable en ese momento.

-VI-

En línea con lo anterior, es preciso destacar que en esa fecha, es decir el 12 de enero del 2007, no existía norma válida alguna que restase vigor a lo normado por el art. 13, inc. c, de la ley 19.640 en cuanto a que tales operaciones gozaban de una exención total de los derechos de exportación.

En efecto, no puede sostenerse que la citada resolución 776/06 — con base en la cual, debe destacarse, el organismo fiscal exigió y obtuvo el pago del gravamen en su oportunidad— pudiera dar respaldo a la pretensión fiscal, ya que, como lo resolvió la Corte en la causa Y.29, L.XLVI, “YPF SA c/ EN - M. de Economía - resol. 778/06 AFIP - DGA NT 56/06 s/ proceso de conocimiento”, del 4 de septiembre de 2012, se trata de un reglamento que colisiona con el principio de reserva de ley en materia tributaria, toda vez que pretendió extender el alcance del tributo del art. 6° de la ley 25.561 (y sus modificatorias) al AAE mediante un mecanismo ubicado a extramuros de la única forma que la Constitución Nacional prevé, esto es por medio del dictado de una ley formal (ver acápite VII del dictamen de este Ministerio Público en dicha causa al que remitió la sentencia del Tribunal).

Por otra parte, advierto que la ley 26.217 fue publicada en el Boletín Oficial cuatro días después de perfeccionados los hechos imposables en cuestión, es decir el 16 de enero de 2007. Y pretender fincar la exi-

gencia tributaria con relación a un gravamen cuyo hecho imponible —en su aspecto temporal— se realizó íntegramente el día 12 de enero anterior resulta contraria a la conocida doctrina de esa Corte Suprema en cuanto a que el principio de reserva de la ley tributaria, de rango constitucional y propio del Estado de Derecho, únicamente admite que una norma jurídica con la naturaleza de ley formal tipifique el hecho que se considera imponible y que constituirá la *posterior* causa de la obligación tributaria (arg. Fallos: 294:152; 303:245; 303:152; 323:2256; 329:59 y 1568, entre otros).

Es que, en otros términos, 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; 323:3770, entre otros).

-VII-

En virtud de los argumentos aquí expuestos, opino que corresponde confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 19 de diciembre de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Roch SA c/ DGA s/ recurso”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar lo decidido por el Tribunal Fiscal de la Nación, dejó sin efecto las resoluciones 704/07, 705/07 y 706/07 de la Aduana de Río Grande, recaídas en las actuaciones 13.289-11703-2007, 13.289-11707-2007 y 13.289-11708-2007, respectivamente y, en consecuencia, condenó a la Dirección General de Aduanas a devolver a la actora los derechos de exportación abonados respecto de tres permisos de embarque, registrados el 12 de enero de 2007, por los cua-

les se documentaron exportaciones de hidrocarburos realizadas desde el Área Aduanera Especial de Tierra del Fuego, regulada por la ley 19.640 y sus modif. (conf. fs. 179/183 de los autos principales -a los que se referirán las siguientes citas-). Tuvo en cuenta que, al momento de oficializarse los aludidos permisos de embarque, se liquidaron los derechos de acuerdo con la resolución 776/06 del Ministerio de Economía y Producción, que dispuso que se aplicaría el gravamen creado por el art. 6° de la ley 25.561 a las operaciones realizadas desde la mencionada área aduanera especial. Asimismo, señaló que en un precedente de esa sala, resuelto por la vía de amparo, se había establecido que la citada resolución 776/06 no resultaba manifiestamente inconstitucional, toda vez que había sido dictada en el marco de la ley 25.561, dentro de un conjunto de medidas tendientes a conjurar la crisis económica y financiera desatada en el país.

2°) Que, sin embargo, consideró que tal criterio no era aplicable al caso de autos pues en el sub examine, a la fecha de la oficialización de los permisos de embarque (12 de enero de 2007), ya había expirado el plazo de cinco años que preveía el art. 6 de la ley 25.561; y la ley 26.217, si bien prorrogó dicha disposición, entró en vigencia el 16 de enero de 2007.

En consecuencia, señaló que la cuestión debatida en las presentes actuaciones se circunscribe a la aplicación retroactiva de una norma tributaria. Y al respecto destacó que reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Corte ha desestimado su procedencia por considerarla contraria a principios elementales de la Constitución Nacional. Por lo tanto, juzgó que la pretensión tributaria no tenía sustento legal pues a la fecha en que se efectuaron las operaciones de exportación había expirado el plazo de vigencia establecido por la ley 25.561 y no correspondía la aplicación retroactiva de la ley 26.217.

3°) Que contra lo así resuelto, la Dirección General de Aduanas dedujo el recurso extraordinario de fs. 187/199 vta., que al ser denegado a fs. 220, motivó la presente queja.

4°) Que la recurrente, en su recurso, aduce que se encuentra en juego la interpretación de normas federales contenidas en las leyes 19.640, 25.561 y 26.217. Y destaca que esta última, publicada el 16 de enero de 2007, dispuso que sus efectos se retrotraerían al día 7 del mismo mes. Al respecto señala que si bien la ley fue sancionada el 20

de diciembre de 2006, hubo una serie de circunstancias que no permitieron su inmediata publicación. Por último, pone de relieve que “En rigor de verdad, la contraria tenía ‘certeza’ sobre lo que debía pagar. Sabía que la ley estaba sancionada y sabía que la misma prorrogaba la vigencia de los derechos de exportación sobre los hidrocarburos. Con lo cual no hay derecho subjetivo de rango constitucional vulnerado” (conf. 193 vta.).

5°) Que la apelación planteada es formalmente admisible pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia y aplicación de normas de carácter federal, como lo son las leyes 19.640, 25.561 y 26.217, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

6°) Que en primer lugar cabe poner de relieve que el art. 726 del Código Aduanero establece, en su primer párrafo, que es aplicable el derecho de exportación establecido por la norma vigente en la fecha del registro de la correspondiente solicitud de destinación de exportación para consumo.

De lo dispuesto en la citada norma se sigue que en el sub examine resulta aplicable el régimen normativo vigente al 12 de enero de 2007, fecha en que se registraron los permisos de embarque 07-049-EC01-000016-G, 07-049-EC-000018X y 07-049-EC01-000017-H, respecto de los cuales se abonaron los derechos cuya repetición se discute.

7°) Que en esa fecha –como adecuadamente lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen– no existía norma válida alguna que restase vigor a lo establecido por el art. 13, inc. c, de la ley 19.640, en cuanto a que tales exportaciones estaban exentas de derechos de exportación. En efecto, a la referida fecha había expirado el plazo de cinco años que preveía el art. 6 de la ley 25.561; en tanto que la ley 26.217 entró en vigencia el 16 de enero de 2007; es decir, después del registro de las aludidas destinaciones de exportación. Al respecto corresponde agregar que la resolución 776/06 del Ministerio de Economía y Producción –con base en la cual el organismo aduanero exigió el pago del gravamen cuya repetición se persigue– no puede dar sustento válido a la posición del organismo aduanero pues, como lo estableció esta Corte en el caso “YPF S.A. c/ E.N. M° de Economía” (Fallos 335:1716), se trata de un reglamento portador de un serio defecto de origen y que resulta inválido en tanto transgrede el principio de reserva de la ley

que rige en materia tributaria pues pretendió extender el alcance de un tributo (art. 6 de la ley 25.561 y sus modif.) mediante un mecanismo ubicado claramente a extramuros de la única forma que la Constitución Nacional prevé, es decir, mediante ley formal.

8°) Que por otra parte –teniendo en cuenta que la ley 26.217 fue publicada en el Boletín Oficial cuatro días después del registro de los permisos de embarque- no es admisible fundar el cobro de los derechos de exportación en lo dispuesto por esa ley, pues esa pretensión se opone –como acertadamente lo sostiene la señora Procuradora Fiscal en su dictamen- a la conocida doctrina de esta Corte en cuanto a que el principio de reserva de la ley, de rango constitucional y propio del Estado de Derecho, únicamente admite que una norma jurídica con la naturaleza de ley formal tipifique el hecho que se considera imponible y que constituirá la posterior causa de la obligación tributaria (Fallos: 323:2256, 329:59 y 1568, entre otros), pues ninguna carga de esa naturaleza es exigible sin la preexistencia de una disposición legal válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (arg. Fallos: 316:2329; 323:3770, entre otros) pues, como lo ha señalado el Tribunal, el Congreso Nacional no puede disponer hacia el pasado sobre esta materia (Fallos: 321:366, considerando 14).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 48. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por la **Dirección General de Aduanas**, representada por la **Dra. María Laura Barrueco**.

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

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

CATAMARCA, PROVINCIA DE C/ CAJA COMPLEMENTARIA
PARA LA ACTIVIDAD DOCENTE S/ ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA

DOCENTES

La cláusula novena del Convenio de Transferencia de Servicios Educativos Nacionales, suscripto por el Ministerio de Economía de la Nación y el gobernador de la Provincia de Catamarca -que estableció expresamente que la actuación de la provincia como agente de retención de los aportes quedaba limitada a los correspondientes al cargo y horas cátedra que el personal tenía al momento de la transferencia, por lo que toda nueva designación, acumulación de cargos o acrecentamiento de horas cátedra posteriores quedaba excluida de esa obligación, salvo expresa voluntad en contrario del interesado- debe ser privada de validez pues altera un mecanismo que ha sido legislado a nivel nacional, resulta contrario a la letra de la ley 24.049 y desvirtúa el derecho de los beneficiarios del sistema.

DOCENTES

La cláusula novena del Convenio de Transferencia de Servicios Educativos Nacionales, suscripto por el Ministerio de Economía de la Nación y el gobernador de la Provincia de Catamarca -que estableció expresamente que la actuación de la provincia como agente de retención de los aportes quedaba limitada a los correspondientes al cargo y horas cátedra que el personal tenía al momento de la transferencia- no provoca ni siquiera un eventual agravio definitivo e irreparable a los interesados, desde que, finalmente, los agentes cuentan con la posibilidad de optar por permanecer en el sistema complementario aún respecto de las nuevas designaciones, acumulaciones de cargos o acrecentamientos de horas de cátedra, coyuntura que no puede ser razonablemente apreciada como un valladar al ejercicio de prerrogativas reconocidas sino como una nueva posibilidad otorgada al empleado de reafirmar la voluntad en el marco de una nueva situación jurídica.

-Del dictamen de la Procuración General, al que la disidencia remite-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La provincia de Catamarca, por medio de su Fiscal de Estado, promovió una acción declarativa de certeza ante ese Alto Tribunal, en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre que dice tener, respecto de su obligación de pagar los aportes correspondientes a ciertos maestros que no ejercieron la opción de seguir aportando a la demandada, en virtud de lo estipulado por la cláusula novena del Convenio de Transferencia de Servicios Educativos Nacionales que dicha provincia celebró con el Estado Federal en fecha 21 de diciembre de 1992, de acuerdo a lo prescripto por la ley 24.049 (ver fs. 39/41).

Adujo que, en razón del acuerdo mencionado, se traspasaron al estado provincial los servicios educativos nacionales ubicados en su territorio y las facultades y funciones sobre los servicios de gestión privada, cuya nómina se adjuntó en un Anexo. Dicha transferencia -continuó- incluyó tanto al personal, como a inmuebles y contratos, entre otras cosas, correspondientes a los servicios educativos referidos. Puso de resalto, que en la cláusula novena antes mencionada se dispuso, expresamente, que la actuación de la provincia como agente de retención de los aportes que los docentes debían pagar a la demandada, quedaba limitada a los correspondientes al cargo y horas cátedra que el personal poseía al momento de la transferencia, quedando toda nueva designación, acumulación de cargos o acrecentamiento de horas cátedra posteriores a ella, excluida de dicha obligación, salvo expresa voluntad en contrario del interesado.

Alegó que la demandada pretende dar a la disposición citada una interpretación reñida con la letra y el espíritu del Convenio, por lo que le inició, continuamente, acciones en su contra a fin de cobrar los aportes correspondientes al total del padrón de docentes, causándole, de esa manera, un grave daño patrimonial. Afirmó que la Caja funda sus pretensiones en el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 168/1999, modificatorio de la reglamentación del artículo 2º de la ley 22.804, que - a su entender- no le resulta aplicable, en tanto desconoce que la provincia suscribió siete años antes de su dictado, el referida Convenio

interjurisdiccional con la Nación, el que no puede ser derogado -precisa- por una norma de menor jerarquía.

En virtud de todo lo expuesto es que solicitó a V.E. se pronuncie respecto al alcance de la citada cláusula novena.

- II -

Realizado el pase pertinente (v. fs. 42) esta Procuración General de la Nación se expidió a favor de la competencia originaria de esa Corte Suprema para entender en autos (ver fs. 43/44).

- III -

Corrido el traslado de ley, se presentó la Caja accionada contestando la demanda y reconviniendo (ver fs. 62/74).

Sostuvo la nulidad e inconstitucionalidad de la cláusula novena del mencionado convenio, por resultar contraria a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 24.049, en tanto estipula que *“el personal docente transferido continuará en la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente; el gobierno de la jurisdicción receptora actuará como agente de retención de los aportes”*. Advirtió que el artículo 2° de dicho cuerpo legal faculta al Poder Ejecutivo Nacional a la celebración de acuerdos con otras jurisdicciones exclusivamente en las materias no previstas por la ley marco. Dicha prerrogativa, no puede interpretarse -agregó- en el sentido de habilitar pactos o a prescribir requisitos que no estuvieran contemplados expresa o implícitamente en la ley, o lo que es peor, contrariarlos.

Adujo, que de acuerdo a la continuidad prevista por el artículo 11 transcripto, toda restricción a su letra, impuesta por el convenio celebrado, deviene inconstitucional, desde que implica un desconocimiento a las potestades legislativas del Congreso de la Nación y una flagrante violación a la jerarquía normativa contemplada por el artículo 31 de la Carta Fundamental.

Dice, también, que la posibilidad de opción que otorga la cláusula en crisis se opone a los principios básicos del régimen de jubilaciones y pensiones y no se encuentra prevista por las leyes 22.804 (de creación del organismo demandado) ni por la aludida 24.049. Ese criterio -prosiguió- ha sido confirmado, también, por las Resoluciones 3126 y 3598 dictadas por la Caja complementaria, en ejercicio de las facultades de reglamentación que, como autoridad de aplicación, posee.

Agregó que la actitud de la provincia de Catamarca afecta su fuen-

te de ingresos, desde que el aporte de los afiliados son los únicos recursos con los que cuenta para afrontar el pago de los complementos, por cuanto está expresamente estipulado que el Estado no contribuirá a su financiación (art. 13 ley 22.804).

Precisó que de la opción establecida por la cláusula novena surge un irritante privilegio a favor de los docentes transferidos en detrimento de los restante afiliados por cuanto les posibilita que seleccionen, a su sólo interés, si le conviene o no realizar los aportes, de acuerdo a su situación laboral, circunstancia que agravia el derecho de igualdad ante el régimen complementario protegido por la Constitución Nacional.

Alegó, por otro lado, que el artículo 1° del decreto 166/99, modificó el apartado 3° de la reglamentación del artículo 2° de la ley 22.804 estableciendo que están obligatoriamente incluidos en el régimen estipulado por dicha ley los docentes nacionales transferidos por la 24.049, abarcando todas las modificaciones de sus situaciones laborales posteriores a la transferencia.

Asimismo, expresó que la Caja Complementaria inició varios reclamos judiciales contra la aludida provincia, todos ellos con sentencias favorables a su parte. Precisó que en varios de ellos se celebró un convenio de pago que fue homologado por V.E. en donde la provincia se comprometía a efectuar todos los aportes correspondientes a los docentes transferidos en virtud de la ley 24.049. En razón de ello -prosigue- la demandante, contrariando sus propios actos, no puede ahora pretender desconocer o restringir las obligaciones contraídas y excluir ciertos servicios del alcance del régimen complementario, en oposición con lo pactado en actuaciones judiciales que son plenamente eficaces.

Prosiguió diciendo, que la provincia pretende que los aportes y pagos deben ajustarse a las declaraciones juradas que ella realice, circunstancia que califica de improcedente, toda vez que los descuentos por aportes deben realizarse de acuerdo a lo estipulado por la normativa aplicable -ley 24.049 y decreto 163/99- y no a lo que unilateralmente pueda declarar el agente de retención.

Por último, solicita la declaración de inconstitucionalidad de la cláusula novena del convenio celebrado por la accionarte y el Poder Ejecutivo Nacional que nos ocupa.

- IV -

A fojas 77/79 luce la contestación de la reconvenición interpuesta. Sostuvo allí el estado provincial, que el sustento legal de la cláusula

novena está dada por el artículo segundo de la ley 24.049, que habilita a las partes del convenio a especificar los requisitos de las transferencias. Es decir -continúa- que lo que se plasmó en el pacto es la precisión de las condiciones del traspaso en orden a los aportes, y cuáles de éstos se consideraban comprendidos y cuáles no, fijando, de esa manera, el alcance y la modalidad de manifestación de la voluntad.

Aseveró que quien equivoca el camino en lo referido a la prelación de las leyes es la Caja, desde que opone sus propias regulaciones y resoluciones a un convenio suscripto por el Poder Ejecutivo Nacional y una provincia, soslayando que el pacto es ley entre las partes y a él deben someterse como la ley misma.

Expresó que la provincia se vio sofocada con numerosas causas ejecutivas de las que se devengaban intereses a elevadas tasas activas, situación que la llevó a suscribir convenios, a efectos de resguardar sus propios recursos y patrimonio. Precisó que en el último de ellos, expresamente se señaló que eran cálculos provisorios.

-V-

Luego de ser presentados los escritos de alegatos, tanto por la parte actora como por la demandada (ver fojas 98/100 y fojas 102/104, respectivamente) V.E. me corre vista.

- VI -

Se impone, en primer lugar, que me expida sobre la procedencia de la acción declarativa intentada ante esta instancia. Respecto a ello, debo decir que ese Tribunal sostuvo reiteradamente que procede la vía del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación si se está frente a una solicitud que no tiene carácter meramente consultivo ni importa una indagación simplemente especulativa, sino que responde a un "caso" y busca precaver los efectos de un acto concreto al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (ver Fallos: 310:977 y sus citas; 319:2642; 323:1206).

Estimo que ello es lo que acontece en el sub lite, desde que aquí concurre cierto grado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación jurídica, en la medida en que se trata de dilucidar la existencia de una obligación respecto de la cual se han producido una serie de hechos concernientes a su conformación y configuración, por lo que la controversia es actual y concreta; también la actora ha

demostrado tener un interés jurídico suficiente y carece de otra vía alternativa útil a los fines que persigue.

- VII -

Sobre el fondo de la cuestión, cabe precisar en primer lugar que la declaración de invalidez constitucional de un precepto de jerarquía legislativa constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 324:920, entre otros). Por ello, sólo procede formularla cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 321:441 y su cita).

Sentado lo anterior, ante todo es menester determinar a partir de una razonable hermenéutica de la cláusula novena del convenio de transferencia cuestionada, si lo pactado es admisible a la luz de lo estipulado por los citados artículos 2° y 11 de la ley 24.049.

Es de precisar aquí, que toda interpretación legal debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan (Fallos: 265:256; 301:1149; 320:389), puesto que, en definitiva, la primera regla en la materia consiste en dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos, de manera que se compadezcan con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (v. Fallos: 310:937,1510; 312:1036; 317:674; 327:3753; entre otros).

En este orden, vale aclarar aquí en primer lugar, que el propósito básico expuesto por el legislador al disponer la transferencia a las provincias de servicios educativos fue la necesidad de un mejoramiento del sistema de enseñanza, interpretándose que una mayor descentralización y desconcentración contribuirían entre otros factores a un perfeccionamiento de la gestión administrativa como elemento coadyuvante de aquel objetivo, ello sin desatender la situación jurídica del personal que se traspasaba.

En efecto, en segundo lugar cabe precisar que del capítulo 3 de la Ley marco 24.049 emana claramente como finalidad la protección, el reconocimiento y respeto de las garantías imprescindibles para el personal transferido en cuanto se refiere no sólo a la defensa de su estabilidad y continuidad en el empleo, sino también y específicamente, en relación al resguardo de los derechos adquiridos por los docentes al momento del traspaso (v. art. 8 el subrayado me pertenece), en espec-

tos tales como situación de revista, funciones, retribución, antigüedad, obra social y reconocimiento de servicios a los fines previsionales (v. esp. arts. 8 a 13 y Debate parlamentario págs. 4532 y sgtes. En tal sentido puede decirse que tanto, el amparo constitucional que deriva de los artículos 5, 14, 17, 75 inc. 19 tercer párrafo de la Carta Magna como el legal que nace del régimen de la ley 24.049, alcanza reitero concretamente a los derechos adquiridos al momento del traspaso.

Ahora bien reconocido ello y en tal entendimiento, cabe precisar que el artículo 11 del citado cuerpo normativo prevé en forma genérica una continuidad de permanencia de los docentes transferidos en la Caja demandada (con cargo para el gobierno de la jurisdicción receptora de actuar como agente de retención de los aportes). Esta disposición legal debe entonces ser interpretada teniendo en cuenta el contexto general del capítulo 3 mencionado en el que se incardina. Y en él, no parece que la disposición novena cuestionada del convenio de transferencia de servicios educativos venga a contrariar lo dispuesto por la ley 24.049, desde que de su letra se desprende que se está cumpliendo con la continuidad de pertenencia a la Caja por ella estipulada, pues los docentes se encuentran obligados a aportar a la demandada y la provincia a retener dichos montos sobre los cargos y horas cátedra que el personal poseía al momento de la transferencia respetando, de esa manera, los derechos adquiridos, tanto de los trabajadores como de la demandada.

Es cierto que las obligaciones descriptas poseen un límite como se expuso anteriormente, vinculado a la asignación al agente transferido de un nuevo cargo, acumulación de ellos o acrecentamiento de horas cátedra posteriores a la transferencia, empero ello no parece violatorio de los derechos adquiridos aludidos, pues no estimo razonable pretender que el personal traspasado siga obligado a aportar a la Caja Complementaria de la Actividad Docente por su nueva situación jurídica ya en el ámbito provincial hasta el fin de su actividad, por el sólo hecho de haber dependido, primeramente, de la órbita Nacional, puesto que su carrera se seguirá desarrollando, inexorablemente, en el ámbito local (v. art. 8 citado). De admitirse lo contrario, se estaría sometiendo a la relación laboral sobreviniente -entre el educador y la provincia- a una condición anterior a su nacimiento, impuesta en razón de una coyuntura de la actividad docente, sensiblemente diferente a la posterior que resultó de la voluntad del legislador, al sancionar la transferencia indicada.

Cabe precisar aquí, que el límite referido no puede alterar los derechos y obligaciones sobre los aportes correspondientes a la situa-

ción del docente al momento del traspaso, que estimo deberán continuar realizándose en esa categoría, en los porcentajes y montos que corresponda. Ello es así, pues no sólo surge con meridiana claridad de la redacción de la cláusula en cuestión sino que, además, si así no se entendiera, dicha interpretación chocaría contra las disposiciones del artículo 11 de la ley 24.049, pues la continuidad por él regulada se verla fatalmente truncada hasta por un mínimo cambio en la situación laboral del agente, perjudicando el equilibrio de ingresos de la Caja demandada, cuyo resguardo tuvo en vista el legislador nacional al sancionado.

Vale aclarar asimismo, frente a las ya referidas alegaciones de la Caja demandada, de un lado que la cláusula novena en estudio no provoca ni siquiera un eventual agravio definitivo e irreparable a los interesados, desde que, finalmente, los agentes cuentan con la posibilidad de optar por permanecer en el sistema complementario aún respecto de las nuevas designaciones, acumulaciones de cargos o acrecentamiento de horas de cátedra, coyuntura que no puede ser razonablemente apreciada como un valladar al ejercicio de prerrogativas reconocidas sino como una nueva posibilidad otorgada al empleado de reafirmar la voluntad en el marco de una nueva situación jurídica.

Y, por otro, que esa facultad otorgada al interesado, no es susceptible de ser atacada por violentar el principio constitucional de igualdad, como lo pretende la accionada -al afirmar que constituye un privilegio hacia algunos docentes en menoscabo del derecho de otros- desde que por una parte, tal garantía consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas. No se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se les concede a otros en las mismas circunstancias, pero no impide que se establezcan distinciones valederas entre supuestos que se estimen diferentes o que obedezcan a una objetiva razón de discriminación (v. Fallos: 321:3630).

Pienso que a la luz de los preceptos señalados y para las particulares circunstancias del caso en estudio, la distinción que importa la cláusula atacada, entre agentes transferidos a la provincia de Catamarca y otros que no lo son, no importa una actitud reprochable, toda vez que no parece arbitrario -dentro de las conclusiones hasta aquí expuestas- estipular distintas soluciones para situaciones sensiblemente diferentes, tomando como eje del distingo un elemento por demás objetivo como lo es el cambio sufrido en la relación y jurisdicción de desempeño laboral luego del traspaso dispuesto. Cabe señalar que la

analogía o diferencia de situaciones en cada provincia que se invoca a fojas 66 y vta., no se encuentra demostrada en la causa.

Por otra parte, la Caja Complementaria se encuentra habilitada -con autorización del Poder Ejecutivo Nacional- a celebrar convenios con organizaciones nacionales, provinciales, municipales y privadas para incorporar al personal docente no asociado al sistema (v. art. 32 de la ley 22.804). Es más, la posibilidad de opción en materia previsional complementaria ya subyacía en la ley de creación de la entidad demandada respecto de los docentes trasferidos en virtud de las leyes 21.809, 21.810, 22.367 y 22.368 -v. art. 2° inc. c) de la ley 22.804-.

No obsta a todo dicho, que la Caja Complementaria, en virtud de las facultades otorgadas por su ley de creación, haya dictado resoluciones en contrario de la solución propuesta, desde que -sin perjuicio que ellas no resultarían idóneas para modificar las normas antes estudiadas- del examen realizado surge claramente que los agentes trasferidos, que hayan sufrido variación en sus condiciones de trabajo, se encuentran fuera de su autoridad.

Por último, debo decir que si bien tanto de los considerandos como, especialmente, del artículo 3 del decreto 163/99, surge una solución contraria a la interpretación propuesta en este dictamen -razón por la que dicha normativa dejaría sin efecto lo acordado en la cláusula novena- estimo que mas allá de la inadmisibilidad de la vía, dichas estipulaciones no le son aplicables a la accionante.

La firma del convenio con cláusulas acordes con la ley 24.049 consolida al derecho de la provincia a efectuar como agente de retención de los aportes de los agentes trasferidos por los cargos y horas cátedra que estos tenían al momento de la transferencia, sin que dicha situación pueda ser modificada por un decreto reglamentario de la ley 22.804 dictado muchos años después de aquel acuerdo entre las jurisdicciones.

En todo caso, el decreto 163/99 se aplicará a los docentes trasferidos que opten o expresen su voluntad de que se les efectúen aportes sobre los cargos docentes a los que accedieron después de la transferencia.

Por todo lo expuesto, opino que cabe hacer lugar a la demanda con el alcance indicado en el punto VII de mi dictamen y rechazar la reconvencción deducida. Buenos Aires, 4 de octubre de 2007. *Marta A. Beiró de Gonçalves.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Catamarca, Provincia de c/ Caja Complementaria para la Actividad Docente s/ acción declarativa de certeza”, de los que

Resulta:

D) A fs. 39/41 la Provincia de Catamarca promovió la presente acción declarativa de certeza en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre que dice tener respecto de su obligación de efectuar los aportes correspondientes a los docentes transferidos. Ello, según sostiene, sobre la base de lo estipulado por la cláusula novena del Convenio de Transferencia de Servicios Educativos Nacionales que la provincia celebró con el Estado Nacional el 21 de diciembre de 1992, en los términos de la ley 24.049.

Señaló que, en razón de dicho acuerdo, se transfirieron al Estado provincial a partir del 1º de enero de 1993 los servicios educativos nacionales ubicados en su territorio, y las facultades y funciones sobre los servicios de gestión privada, cuya nómina se adjuntó en un anexo.

Puso de resalto que en la mencionada cláusula novena se estableció expresamente que la actuación de la provincia como agente de retención de los aportes quedaba limitada a los correspondientes al cargo y horas cátedra que el personal tenía al momento de la transferencia; por lo que toda nueva designación, acumulación de cargos o acrecentamiento de horas cátedra posteriores quedaba excluida de esa obligación, salvo expresa voluntad en contrario del interesado.

Alegó que la demandada pretende dar a la disposición citada una interpretación reñida con la letra y el espíritu del convenio; en ese contexto promovió acciones contra la provincia a fin de percibir los aportes correspondientes al total del padrón de docentes, y según su nueva situación escalafonaria; conducta que le generó un grave daño patrimonial.

Afirmó que la caja funda sus pretensiones en el decreto 163/99 del Poder Ejecutivo Nacional, modificatorio de la reglamentación del artículo 2° de la ley 22.804; el que —según su postura— no le resulta aplicable ya que desconoce que la provincia suscribió siete años antes de su dictado el referido Convenio Interjurisdiccional con la Nación, que no puede ser dejado sin efecto por una norma de menor jerarquía.

En virtud de todo lo expuesto, es que solicita que el Tribunal se pronuncie respecto al alcance de la citada cláusula novena.

II) A fs. 62/74 se presentó la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente, contestó la demanda y reconvino.

Así, planteó la nulidad e inconstitucionalidad de la cláusula novena del convenio de transferencia, por resultar contraria a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 24.049, el que establece que “el personal docente transferido continuará en la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente; el gobierno de la jurisdicción receptora actuará como agente de retención de los aportes”.

Advirtió que el artículo 2° de ese cuerpo legal faculta al Poder Ejecutivo Nacional a la celebración de acuerdos con otras jurisdicciones exclusivamente en las materias no previstas por la ley marco. Dicha prerrogativa, no puede interpretarse —agregó— en el sentido de habilitar pactos o prescribir requisitos que no estén contemplados expresa o implícitamente en la ley, o lo que es peor, a contrariarlos.

Sostuvo que la posibilidad de opción que otorga la estipulación en crisis se opone a los principios básicos del régimen de jubilaciones y pensiones, y no se encuentra en la ley 22.804 (de creación del organismo demandado), ni en la referida 24.049. Ese criterio —prosiguió— ha sido confirmado por las resoluciones 3126 y 3598 dictadas por la caja complementaria en ejercicio de las facultades de reglamentación que tiene como autoridad de aplicación.

Adujo que, de acuerdo a la continuidad contemplada por el artículo 11, toda restricción a su letra impuesta por el convenio celebrado deviene inconstitucional, desde que implica un desconocimiento a las potestades legislativas del Congreso de la Nación, y una flagrante violación a la jerarquía normativa contemplada por el artículo 31 de la Carta Fundamental.

Precisó que la opción convenida otorga un irritante privilegio a favor de los docentes transferidos a la Provincia de Catamarca, en detrimento de los restantes afiliados, ya que los faculta a seleccionar en su sólo interés, el pago de los aportes exigibles, circunstancia que afecta el derecho de igualdad ante el régimen complementario protegido por la Constitución Nacional.

Agregó, que la actitud de la Provincia de Catamarca afecta su fuente de ingresos desde que el aporte de los afiliados es el único recurso con el que cuenta para afrontar el pago de los complementos, ya que está establecido legalmente que el Estado no contribuirá a su financiación (artículo 13, ley 22.804).

Asimismo, arguyó que el artículo 1° del decreto 163/99 modificó el apartado 3° de la reglamentación del artículo 2° de la ley 22.804, y determinó que están obligatoriamente incluidos en el régimen estipulado por dicha ley los docentes nacionales transferidos por la 24.049.

Expresó que la caja complementaria inició varios reclamos judiciales contra la provincia actora, todos ellos con sentencias favorables a su parte. Adujo que en varios se celebraron convenios que fueron homologados por el Tribunal, y que la provincia se comprometió a efectuar todos los aportes correspondientes a los docentes transferidos. En su mérito sostuvo que la demandante no puede desconocer las obligaciones contraídas y excluir ciertos servicios del alcance del régimen complementario, en oposición a sus propios actos y a lo pactado en actuaciones judiciales que son plenamente eficaces.

Finalmente señaló que la provincia pretende que los aportes y pagos se ajusten a las declaraciones juradas que realice; pretensión a la que calificó de improcedente, en la medida en que los descuentos por esos conceptos deben efectuarse de conformidad con lo establecido por la normativa aplicable y no según lo que unilateralmente pudiese declarar el agente de retención.

III) A fs. 77/79 el Estado provincial contestó la reconvención. Manifiestó que el fundamento legal de la cláusula novena está dado por el artículo 2° de la ley 24.049, que habilita a las partes del convenio a especificar los requisitos de las transferencias. De tal manera expresó que lo que se plasmó en el pacto fueron las condiciones del traspaso en orden a los aportes, y cuáles se consideraban comprendidos.

Afirmó también, que quien confunde la prelación de las leyes es la caja complementaria, porque opone sus propias regulaciones y resoluciones a un convenio suscripto por el Poder Ejecutivo Nacional y una provincia, al que las partes deben someterse como a la ley misma.

Finalmente concluyó que no le es oponible la doctrina de los actos propios, toda vez que siempre intentó hacer valer el criterio que pretende que se le reconozca en la sentencia.

Considerando:

1º) Que este juicio corresponde a la competencia originaria prevista en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2º) Que la ley 22.804 instituyó con alcance nacional y obligatorio el régimen complementario para jubilados y pensionados de la actividad docente que tiene como finalidad otorgarles un complemento en función de la remuneración de los que se encuentran en actividad; y crea la caja complementaria que es la que tiene la administración y aplicación del régimen.

La ley dispone que el sistema se financia con el aporte obligatorio de los afiliados (artículo 12), que el Estado no contribuirá a solventarlo (artículo 13), y que los empleadores son los agentes de retención y quienes deben practicar los descuentos por aportes y depositarlos (sus artículos 14 y 27).

3º) Que, por su parte, la ley 24.049 facultó en el artículo 1º al Poder Ejecutivo Nacional a transferir; a partir del 1º de enero de 1992, a las provincias y a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, los servicios educativos administrados en forma directa por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación y por el Consejo Nacional de Educación Técnica, así como las facultades y funciones sobre los establecimientos privados reconocidos, en las condiciones que prescriben las disposiciones allí establecidas.

Asimismo, determinó que los requisitos específicos de las transferencias se establecerían mediante convenios a celebrarse entre el Poder Ejecutivo Nacional y cada una de las jurisdicciones, en los que se acordaría toda otra cuestión no prevista en la ley, de acuerdo con las

particularidades de cada jurisdicción (su artículo 2º, subrayado agregado). Dichos convenios serían a su vez refrendados, por medio de las legislaturas provinciales.

El artículo 3º estableció que las jurisdicciones receptoras, con el apoyo del Poder Ejecutivo Nacional, deberían reconocer todos los derechos y cumplir las obligaciones existentes en materia educativa, y que el Estado Nacional garantizaría que los servicios transferidos fuesen dados con óptima cobertura cuantitativa, alta calidad pedagógica y equidad en todas las jurisdicciones.

Por el artículo 11 se dispuso que el personal docente transferido continuaría en la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente, y que el gobierno de la jurisdicción receptora actuaría como agente de retención de los aportes.

4º) Que, en ese marco, el 21 de diciembre de 1992 se celebró entre el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación y el gobernador de la Provincia de Catamarca el convenio de transferencia al que se ha hecho referencia (ver copia simple obrante a fs. 5/30); el que fue aprobado por la legislatura local a través de la ley 4762 del 16 de diciembre de 1993.

5º) Que en ese instrumento se acordó garantizar el traspaso ordenado de los servicios educativos y —en lo que aquí concierne— atender los derechos laborales de los docentes y del personal no docente.

En la cláusula novena se determinó que “LA PROVINCIA actuará como agente de retención de los aportes personales a la Caja Complementaria de Previsión para la actividad docente...; ello quedará limitado a los aportes correspondientes al cargo/s u horas de cátedra que el personal poseía al momento de la transferencia. Toda nueva designación, acumulación de cargos o acrecentamiento de horas de cátedra con posterioridad a la Transferencia, quedarán excluidos del pago de los citados aportes, salvo expresa voluntad en contrario del interesado”.

6º) Que, con posterioridad, el decreto 163/99 del Poder Ejecutivo Nacional, al reglamentar los aspectos en análisis dispuso entre otras cuestiones que se encontrarían comprendidos los docentes nacionales

transferidos por la ley 24.049, cualquiera sea su situación, incluyendo todas las modificaciones posteriores a la transferencia que impliquen la continuidad de la carrera docente en la jurisdicción respectiva. Ello, en virtud de que el derecho de continuar afiliados a la caja fue acordado por la ley citada sin excepciones ni distingos (ver párrafo cuarto de los considerandos del decreto).

7º) Que en esos términos es preciso determinar cuál es el valor de lo expresamente concertado entre el Poder Ejecutivo Nacional y la Provincia de Catamarca; frente, al alcance que la demandada le asigna a la ley 24.049, a las previsiones contenidas en la ley 22.804 —de creación de la caja complementaria—, y a lo dispuesto por el decreto 163 citado.

8º) Que a fin de resolver la cuestión planteada es dable recordar que el Tribunal ha sostenido que es principio básico de la hermenéutica atender en la interpretación de las leyes al contexto general de ellas y a los fines que las informan (Fallos: 267:215); y que en dicha interpretación no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en el que se engarzan las normas. A ese efecto la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial (Fallos: 324:2107, 2153; 331:1262, entre muchos otros).

9º) Que al sancionarse la ley 24.049, que facultaba al Poder Ejecutivo Nacional a transferir los servicios educativos ya referidos, mediante convenios específicos entre aquél y cada una de las jurisdicciones, se estableció que en ellos “se acordará toda otra cuestión no prevista” en la ley, de acuerdo con las particularidades de cada jurisdicción.

Pero es del caso señalar que, en lo que aquí interesa, sí se previó en la normativa dictada que “el personal transferido continuará en la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente” y que “el gobierno de la jurisdicción receptora actuará como agente de retención de los aportes” (su artículo 11, subrayado agregado).

De tal manera, el derecho de aquéllos a continuar afiliados fue establecido sin excepciones o distingos, sea cual fuere su situación de revista (titular, suplente o interino), cantidad de horas de cátedra o nivel jerárquico alcanzado, por lo que no se advierte razón para considerar que no deben encontrarse comprendidos en el beneficio las modificaciones posteriores a la transferencia.

10) Que en tanto la norma determina que la afiliación prosigue después de la transferencia, con el claro propósito de no alterar el status de los docentes y los beneficios que se derivan del régimen previsional complementario, nada autoriza a concluir que las mejoras en la situación escalafonaria y salarial no deban ser consideradas al momento de computar el aporte.

Lo contrario importaría tanto como afectar la naturaleza misma del sistema ya que, a pesar de la base de solidaridad previsional que lo caracteriza, los beneficiarios que desempeñan su actividad en Catamarca seguirían gozando de las ventajas que aquél otorga sin realizar la contribución que les corresponde, acorde con las modificaciones que se van produciendo en su carrera.

11) Que al efecto, es dable destacar que la ley de creación del Régimen Complementario para la Actividad Docente — 22.804, ya citada—, fundó su razón de ser en la finalidad de otorgar un complemento del haber de jubilación, y estableció como parámetro de la fijación el promedio de las remuneraciones asignadas a los cargos desempeñados durante los treinta y seis meses calendarios más favorables comprendidos en el período de sesenta meses calendarios inmediatamente anterior al cese de la actividad (artículo 3º).

Asimismo previó que toda modificación en las remuneraciones de los afiliados o en el haber de las prestaciones del régimen nacional, provincial o municipal se tendrá en cuenta para la determinación del haber de la prestación complementaria, a partir de la fecha en que se produzca la variación (su artículo 7º, subrayado agregado).

12) Que en la clara letra de la ley a la que se hizo referencia, que excluye la posibilidad de no considerar las variaciones o cambios que se van operando en el transcurso del tiempo, se plasmó el propósito de ese proyecto cual era, como lo indica la nota de elevación correspondiente, contar con un adecuado sistema de complemento, tendiente a

satisfacer el anhelo general de los docentes cual es el de recibir un haber jubilatorio o de pensión que se aproxime en términos razonables al promedio de las remuneraciones asignadas a los cargos desempeñados (ver en este aspecto, último párrafo de la Nota de Elevación del 4 de mayo de 1983).

13) Que de tal manera, al no efectuar la ley distinción alguna, ni reconocer facultades legales ni convencionales a las jurisdicciones locales para determinar o reconocer derechos de una manera distinta a como los fijó la ley 22.804 —como sí se lo contempló para otros supuestos (artículos 9° y 10, ley 24.049)—, no puede tener favorable acogida la posición asumida por la Provincia de Catamarca a través de la cual pretende que no se computen a los fines en examen las variaciones que tenga la carrera docente, o personal contemplado en la ley 22.804, en jurisdicción provincial.

14) Que frente a las leyes nacionales aplicables, mal podía el Poder Ejecutivo Nacional firmar un convenio en los términos en que lo hizo, ya que además de olvidar claramente la letra del artículo 11 de la ley 24.049; ese cuerpo normativo sólo lo facultaba a acordar cuestiones no previstas en la ley de acuerdo a las particularidades de cada jurisdicción, pero no a alterar las expresamente contempladas en el sistema de transferencia.

En este aspecto cabe indicar, a la luz de las normas aplicables, que el Tribunal no logra advertir cuál podría ser la “característica” diferencial de Catamarca que justifique la aplicación de un criterio particular, que permita convalidar un accionar que afecta los ingresos de un régimen que no existiría sin sustento en el principio de solidaridad, del que deben participar, y con el que deben contribuir en la forma legal que se ha indicado (artículos 3° y 7°, ley 22.804), todos los que reciben sus beneficios.

15) Que corolario de todo lo expuesto es que el decreto 163/99, dictado en ejercicio de las facultades reconocidas por el artículo 99, inciso 2°, de la Constitución Nacional, que le confiere autoridad al Poder Ejecutivo a fin de reglar los detalles necesarios para la ejecución de la ley sin alterar su espíritu con excepciones reglamentarias, ni agregar supuestos a la ley que desvirtúen su finalidad, se vio precisado a señalar, una vez operadas todas las transferencias a las que se hizo referencia, que el derecho de los docentes transferidos a continuar afiliados a la

caja fue establecido por el artículo 11 de la ley 24.049 sin excepciones o distingos, sea cual fuere la situación de revista del docente, incluyendo todas las modificaciones posteriores a la transferencia (artículo 1º).

16) Que en estas condiciones se desprende con nitidez que la cláusula novena del convenio de transferencia, suscripto por el Ministerio de Economía de la Nación y el gobernador de la Provincia de Catamarca el 21 de diciembre de 1992, debe ser privada de validez pues altera un mecanismo que ha sido legislado a nivel nacional, resulta contrario a la letra de la ley 24.049, y desvirtúa el derecho de los beneficiarios del sistema.

17) Que la solución que se adopta, descansa en los principios rectores de las leyes nacionales aplicables, los que constituyen derechos inalienables de los beneficiarios del sistema previsional, por ser bienes jurídicamente superiores, a cuya preservación y desarrollo deben propender las demás normas y reglamentaciones que se dictan en su consecuencia, pues, de otro modo, se frustrarían sus propósitos (Fallos: 331:1262); y persiguen procurar el pleno goce del derecho a un “suplemento” previsional, a quienes se encuentran en situación de jubilados y en miras al beneficio adicional que recibirán quienes lo sean en el futuro, en el contexto de una caja que, como su nombre lo indica, tiende sustancialmente a “complementar” el haber de retiro.

18) Que, asimismo, la decisión es la que mejor concilia las normas vigentes en el orden nacional al tiempo de la suscripción del convenio de transferencia, frente a las cláusulas constitucionales que imponen otorgar y asegurar los beneficios de la seguridad social (conf. arg. Fallos: 313:721; 330:1927; 331:1262).

19) Que las costas del juicio deben ser soportadas por la Provincia de Catamarca toda vez que no existe mérito para apartarse del principio general que las impone a la vencida (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se decide: I.- Rechazar la demanda y hacer lugar a la reconvenção interpuesta por la Caja Complementaria para la Actividad Docente, y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la cláusula novena del convenio de transferencia suscripto por el Ministerio de Economía de la Nación y el gobernador de la Provincia de Catamarca el 21 de diciembre de

1992; II.- Con costas (artículo 68, citado). Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

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

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

Considerando:

Que la infrascripta se remite a los considerandos 1º a 7º del pronunciamiento que encabeza la presente sentencia.

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal de la Nación a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal se decide: I. Hacer lugar a la demanda deducida por la Provincia de Catamarca y rechazar la reconvenición interpuesta por la Caja Complementaria para la Actividad Docente. Con Costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Parte actora: **Provincia de Catamarca**, representada por los Dres. **Carlos Roberto Rosales Vera (Fiscal de Estado)**, **María Eugenia Suárez**, **Adriana Monllau**, **Graciela Beatriz Rodríguez** y **Juan Pablo Vega (letrado patrocinante)**.

Parte demandada: **Caja Complementaria para la Actividad Docente**, representada por el **Dr. Marcelo Blousson (letrado apoderado)**.

LOUGE, ARMANDO BELTRÁN Y OTRO C/ GOBIERNO DE SU
MAJESTAD BRITANICA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

INMUNIDAD DE JURISDICCION

La emisión de los certificados fitosanitarios expedidos por las autoridades de Gran Bretaña, en el marco de una compraventa internacional, no puede calificarse como acto *iure gestionis* ya que se trata de una actividad que trasunta el ejercicio de *imperium* por parte del Estado y, por lo tanto, está comprendida en el art. 1° de la ley 24.488 de Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos, de tal forma que verificar el examen de los actos de un estado soberano por los tribunales de otro y acaso declarar su invalidez mediante una sentencia contra la voluntad del primero llevaría sin duda a poner en peligro las relaciones entre los gobiernos y turbaría la paz de las naciones.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 2202/2206, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, confirmó la sentencia de primera instancia, que hizo lugar al pedido de inmunidad de jurisdicción efectuado por el Gobierno de su Majestad Británica, al entender que la indemnización por daños y perjuicios reclamada por los actores tiene su origen en un acto *iure imperii* y no se encuentra encuadrada en el supuesto de excepción del art. 2°, inc. c, de la ley 24.488 de Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos.

Así los magistrados clasificaron la emisión del certificado fitosanitario expedido por el Gobierno de su Majestad Británica, en el marco de la compraventa de mercaderías internacional, que los actores contrataron con las firmas Fieldfare Fool Ltd y The Forfar Potato Co. Ltd., para la importación a la Argentina -aproximadamente- de 10.500 bolsas de semillas de papas de 50 kg cada una, de la variedad Pentland Crow, cuyo embarque arribó al puerto de Mar del Plata el 30 de noviembre de 1980, ocasión en la que la autoridad sanitaria local decidió

que las semillas remitidas no eran aptas para su comercialización o cultivo por la presencia de enfermedades que por su naturaleza no podían ingresar al país.

Para así decidir, tras relatar los antecedentes de la causa, fundaron su postura en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que surge a partir del caso “Manauta” (Fallos: 317:1880), que reconoce exenciones a la inmunidad jurisdiccional de los Estados, la cual luego fue recogida por la ley 24.488.

Asimismo, determinaron el alcance del término “actividad comercial o industrial” en el ámbito del art. 2º, inc. c, de la ley 24.488, con apoyo en la Convención Europea sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados, en la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobada por la Asamblea General del 2 de diciembre de 2004 y abierta a la firma el 17 de enero de 2005 -que aún no se encuentra en vigencia-, y en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del caso “Cereales Asunción” (Fallos: 321:2594).

Con apoyo en esa doctrina e instrumentos internacionales, concluyeron que uno de los criterios de distinción es si esa actividad, por su naturaleza, puede ser llevada a cabo por un particular, o si sólo puede ser ejercida por un Estado, y sostuvieron que, si bien en el caso se trata de una actividad ejercida en ocasión de relaciones o transacciones comerciales, la emisión de dicho certificado constituye un acto de autoridad, en cuanto consiste en la manifestación del poder de policía que tiene por objeto la protección de la seguridad y la salubridad públicas, la cual se erige en una de las funciones esenciales del Estado.

Aclararon que ello significa que, los actos que se le imputan al Gobierno de Gran Bretaña en la causa, aun cuando favorezcan el desarrollo de la industria y del comercio y configuren requisitos necesarios para concretar operaciones de exportación e importación o cualquier otra actividad lícita, consisten en actividades que por su naturaleza deben considerarse actos de gobierno, ejercidos por la autoridad de un Estado soberano en el ámbito de sus competencias de policía sanitaria, por lo que deben ser juzgados por los tribunales del país emisor de ellos.

- II -

Disconforme con dicho pronunciamiento, los actores interpusieron el recurso extraordinario de fs. 2208/2221, que fue concedido por la

cámara (fs. 2231/2232), únicamente en relación con el agravio relativo a la cuestión federal propuesta, al encontrarse controvertida la inteligencia del art. 2° de la ley 24.488, al tiempo que fue denegado por la causal de arbitrariedad. Sentado ello, y toda vez que no se interpuso la pertinente queja, la competencia del tribunal quedó limitada en la medida que la otorgó la alzada (Fallos: 322:2559 y 324:1721).

Se agravian, en lo sustancial, porque la interpretación que efectuó la cámara de la ley 24.488 de Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos -a su entender- es errónea y conculca los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional y 8.1, 21.1, 21.2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Afirman que la emisión de los certificados fitosanitarios del Gobierno del Reino Unido debe clasificarse como un acto *iure gestionis* y no como un acto *iure imperii*, puesto que tuvo la misión de garantizar una operación de compraventa internacional de papas semilla, constituyendo la respectiva certificación fitosanitaria la actividad final de la operación comercial realizada, formadora de la voluntad comercial, que no tuvo por objeto una manifestación de soberanía o de poder público, ni de poder de policía sanitario (cita en apoyo de su postura la prueba obrante a fs. 3/18 y 392/407).

En consecuencia, sostiene que esa actividad, en razón de haber sido el aval de la operación comercial efectuada, configura el supuesto de excepción del art. 2°, inc. c, de la ley nacional 24.488, y no se encuentra protegida por la inmunidad de jurisdicción pretendida por la demandada.

Asimismo, manifiesta que la sentencia no configura un acto jurisdiccional válido, en cuanto aplica para la resolución del caso la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, que no se encuentra vigente en la actualidad.

- III -

A mi modo de ver, la cuestión debatida en autos resulta sustancialmente análoga a la que fue objeto de tratamiento por este Ministerio Público en su dictamen del 14 de diciembre de 2006, *in re* D.370, L.XLII., “Davidoff Constantino c/ Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte s/ daños y perjuicios”, Recurso Extraordinario, al que V.E. se remitió en su sentencia del 18 de diciembre de 2007 (Fallos: 330:5237).

En virtud de lo expuesto en dicha oportunidad, a cuyos términos y consideraciones corresponde remitir, en todo lo pertinente, en razón

de brevedad, entiendo que, en el caso de autos, la emisión de los certificados fitosanitarios expedidos por las autoridades de Gran Bretaña, en el marco de una compraventa internacional, no puede calificarse como acto *iure gestionis*, según la doctrina del tribunal de Fallos: 321:2594 (cons. 13, del voto de la mayoría).

En efecto, a mi entender, se trata de una actividad que trasunta el ejercicio de *imperium* por parte del Estado y, por lo tanto, está comprendida en el art. 1° de la ley 24.488 de Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos, de tal forma que verificar el examen de los actos de un estado soberano por los tribunales de otro y acaso declarar su invalidez mediante una sentencia contra la voluntad del primero llevaría sin duda a poner en peligro las relaciones entre los gobiernos y turbaría la paz de las naciones (Fallos: 178:173; 323:3386, entre otros, y dictamen de esta Procuración General publicado en Fallos: 330:5237).

- IV -

Por lo expuesto, soy de opinión de que debe confirmarse la sentencia en todo cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 29 de julio de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Louge, A. Beltrán y otro c/ Gobierno de su Majestad Británica s/ daños y perjuicios”.

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, corresponde desestimar las peticiones formuladas a fs. 2236/2238, 2243/2245 y 2247 y, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, declarar procedente el recurso extraordi-

nario interpuesto y confirmar el pronunciamiento apelado. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **Enrique Eduardo Best y A. Beltrán Louge, actores en autos**, representados por el **Dr. Juan María Aberg Cobo**.

Traslado contestado por el **Gobierno de su Majestad Británica, demandado en autos**, representado por el **Dr. Elías Frem Bestani**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Alberto C. Cappagli y Martín Campbell**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 9, Secretaría n° 18**.

**EMPRESA ARGENTINA GENERADORA Y COM DE
SEÑALES LLC c/ CABLEVISIÓN SA (JZ CIRCUITO 11-MIAMI-
FLORIDA) s/ EXHORTO**

ABASTECIMIENTO

Si la materia en debate en la causa judicial radicada en el extranjero se encuentra vinculada con aspectos que hacen a la interpretación y aplicación de las resoluciones que, en materia de comercialización del servicio de televisión paga, dictó el Secretario de Comercio Interior con invocación de las facultades otorgadas por la ley 20.680 (ley de abastecimiento) la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal resulta competente para entender en el pleito ya que resulta clara la prioritaria relevancia que los aspectos propios del derecho administrativo asumen para su solución, sin perjuicio de que también puedan llegar a aplicarse institutos del derecho común, ya que ellos pasarían a formar parte, por vía de integración subsidiaria, del plexo de principios de derecho público en que se enmarcaría el caso.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Las presentes actuaciones se iniciaron ante la justicia nacional en lo civil y comercial federal a raíz del exhorto librado por el Tribunal de Primera Instancia de Circuito del Circuito Judicial N° 11 en y para el Condado de Miami-Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de América, en el marco de la causa caratulada “Empresa Argentina Generadora y Comercializadora de Señales, LLC c/ Cablevisión S.A.” que allí tramita, a fin de que se reciba la declaración testimonial del secretario de Comercio Interior, Mario Guillermo Moreno.

A fs. 242, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (sala II), al confirmar la decisión de la instancia anterior, declaró la incompetencia de ese fuero para entender en el presente exhorto y atribuyó su conocimiento a la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal.

Para así decidir, remitió a los fundamentos del dictamen del fiscal general de fs. 240, el que señaló que la cuestión debatida en autos no estaba ceñida exclusivamente a una relación contractual entre particulares, sino que las pretensiones remitían *prima facie* al análisis del régimen tarifario aplicable a la televisión por cable, y agregó que el juzgamiento del caso versaría sobre el ejercicio de facultades previstas en la ley de abastecimiento (ley 20.680), propias del poder de policía del comercio que correspondía a las autoridades federales, sin que a ello obstara la eventual aplicación supletoria de normas del derecho común llamadas a integrar la regulación administrativa específica, ni que el Estado Nacional no fuera parte en las actuaciones porque ese extremo no determinaba la competencia del fuero contencioso administrativo, sino que bastaba con que la contienda se rigiera por normas de derecho público administrativo.

Las actuaciones recayeron en el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7, cuyo titular no aceptó la competencia atribuida, al considerar que la cuestión en debate era de la competencia del fuero civil y comercial federal (v. fs. 252/253).

Para resolver de ese modo, sostuvo que se trataba de una controversia planteada en el marco de una relación contractual entre dos sujetos de derecho privado, lo que permitía afirmar que la materia de fondo no era de derecho administrativo sino común, cuyo origen se

encontraba en la aplicación de la fórmula prevista por la resolución 50/10 de la Secretaría de Comercio Interior y que se concretaba en la fijación del precio del abono básico que establecía la resolución 36/11, entre otras cuestiones.

En virtud de ello, dispuso la elevación de los autos a V.E. para que resolviera el conflicto negativo de competencia planteado.

- II -

A mi modo de ver, en el sub examine todavía no ha quedado trabada una contienda negativa de competencia que corresponda zanjar a V.E. en uso de las facultades que le acuerda el art. 24, inc. 7º), del decreto-ley 1285/58. Ello es así, porque los autos fueron remitidos directamente a la Corte Suprema, cuando previamente debía comunicarse a la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal (sala II) la decisión de la jueza a cargo del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7 para que se pronunciara acerca de las razones esgrimidas por ésta para desprenderse del conocimiento de la causa, las que podrían hacer variar el criterio originalmente sostenido a fs. 242. Recién en caso de mantenerse dicha posición se suscitará aquel conflicto, desde que es requisito para ello la atribución recíproca de competencia entre tribunales que carecen de un superior común (v. Fallos: 327:3894 y sus citas).

Por ello, correspondería ordenar la devolución de esta causa, a sus efectos.

- III -

Sin perjuicio de ello, para el caso de que V.E. considere que razones de celeridad y economía procesal permiten dejar de lado tales aspectos procesales y dar por trabada la contienda negativa de competencia, procedo a dictaminar sobre esa cuestión.

- IV -

El Tribunal tiene dicho que en el exhorto -medio de comunicación entre órganos judiciales- debe existir, como regla, identidad o analogía entre la competencia por razón de la materia del exhortante y del exhortado (Fallos: 313:1218). Asimismo, corresponde recordar que, a los fines de dilucidar cuestiones de competencia, ha de estarse, en primer lugar, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que

se invoca como fundamento de la pretensión, así como también a la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes (Fallos: 328:73; 329:5514).

De los términos de la demanda deducida ante los tribunales estadounidenses por la Empresa Argentina Generadora y Comercializadora de Señales LLC contra Cablevisión S.A. resulta que la actora pretende obtener una sentencia en la que se declare que ambas partes se encuentran obligadas a ceñirse a las condiciones contractuales expresadas en los acuerdos de licencia que las vinculan, sin que la demandada tenga derecho a exigir o recibir un reembolso de los derechos de licencia que pagó anticipadamente a la actora en virtud de los acuerdos relativos a los servicios de programación de HBO Olé (de los cuales la actora es licenciante en la República Argentina) prestados entre enero y abril de 2011, ni a reducir sus futuros pagos contractuales.

La actora señala que, como consecuencia del dictado de las resoluciones 36/11, 65/11 y 92/11 de la Secretaría de Comercio Interior por las que se fijaron normas gubernamentales para las operaciones de comercialización de los servicios de televisión paga en la República Argentina y se estableció un límite en cuanto al precio que Cablevisión S.A. podía cobrar a sus clientes por el abono mensual del servicio de televisión por cable, la demandada intentó obtener la devolución de todos los derechos de licencia pagados de manera anticipada que superaran el precio máximo allí establecido para los abonos de televisión por cable de enero a abril de 2011, así como reducir los futuros pagos contractuales a fin de conseguir una deducción de hecho de los derechos de licencia que había pagado según los acuerdos, a todo lo cual se opuso por escrito.

En tales condiciones, toda vez que la materia en debate en la causa judicial radicada en el extranjero se encuentra vinculada con aspectos que hacen a la interpretación y aplicación de las resoluciones que, en materia de comercialización del servicio de televisión paga, dictó el Secretario de Comercio Interior con invocación de las facultades otorgadas por la ley 20.680 (ley de abastecimiento), pienso -en forma coincidente con lo sostenido a fojas 221/224 por el fiscal de primera instancia y a fojas 240 por el fiscal general- que la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal resulta competente para entender en el pleito. Ello así, pues resulta clara la prioritaria relevancia que los aspectos propios del derecho administrativo asumen para su solución, sin perjuicio de que también puedan llegar a aplicarse institutos del derecho común, ya que ellos pasarían a formar parte, por vía de inte-

gración subsidiaria, del plexo de principios de derecho público en que se enmarcaría el caso (doctrina de Fallos: 323:61; 327:471 y 329:857).

En consecuencia, entiendo que la presente es una de las causas contencioso administrativas a las que se refiere el art. 45, inc. a), de la ley 13.998.

- V -

Opino, por tanto, que el presente exhorto debe continuar su trámite ante la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal. Buenos Aires, 21 de febrero de 2014. *Irma Adriana García Netto*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de junio de 2014.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal Subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 7, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 1, por intermedio de la Sala II de la cámara de apelaciones de dicho fuero.

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

FAMA, JUAN JOSE OSVALDO c/ ESTADO NACIONAL-
MINISTERIO DE JUSTICIA SEGURIDAD Y DERECHOS
HUMANOS - POLICIA FEDERAL ARGENTINA s/ ORDINARIO

ACTOS DE SERVICIO

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda si no se advierte que la patología incapacitante del recurrente encuadre en los estrictos cánones del inciso a) del art. 696 del decreto reglamentario 1866/83 para las invalideces adquiridas “en y por actos de servicio” sino en el inciso c) de dicha norma, esto es “en servicio”, toda vez que fue adquirida o agravada por el cumplimiento de órdenes de la superioridad relacionadas con el destino geográfico donde debía prestar servicios, no resultando óbice a ello el hecho de que con posterioridad a la deducción de la demanda la Junta de Reconocimientos Médicos de la Policía Federal hubiera calificado a dicha discapacidad como desvinculada del servicio, pues de las constancias de la causa resulta indubitable que fue adquirida “en servicio”.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca confirmó la sentencia de la anterior instancia que rechazó el reclamo dirigido a que se recalifique la minusvalía sufrida por el actor, oficial principal de la Policía Federal, como ocurrida “en y por acto de servicio” y se ordene su pase a situación de retiro obligatorio de acuerdo a la incapacidad demostrada.

Tras desestimar por inoportuno e impertinente el hecho nuevo denunciado a fojas 544/545, la Sala valoró que la crítica del apelante sólo trasunta discrepancia y que el juez apreció correctamente los hechos y la prueba y enmarcó debidamente la afección, coincidiendo con el sumario policial en que acaeció “en servicio” (art. 696, inc. c), ap. 1°, dec. 1866/83). Con cita de Fallos: 316:679 “Yñiguez...”), adicionó que la recalificación pretendida por el reclamante se asienta en los riesgos propios y directos de la profesión, de allí que el precepto ni siquiera demanda que el afectado esté prestando servicio (cf. fs. 580/583).

Cabe referir que el juez de mérito, si bien tuvo por probado que la dolencia del actor se desarrolló a partir de su traslado a la ciudad de La Quiaca, descartó que ella haya sido causada por el hecho de prestar la función policial, desde que el cumplimiento de la orden de cambio de destino no lo situó frente a un riesgo específico. Consideró, por último, que no emerge de la prueba que el actor padezca una minusvalía definitiva para el servicio, desde que los médicos refieren que la endotelitis podría corregirse con anteojos y no se ha solicitado una peritación a fin de valorar si existe incapacidad y su grado (cfse. sumario administrativo 4635/01, agregado a las actuaciones, y fs. 517/522 del expediente principal).

Contra la sentencia de la Cámara Federal de Bahía Blanca el actor dedujo recurso extraordinario, que fue contestado y denegado por falta de materia federal, dando origen a la queja (cfr. fs. 588/608, 612/616 y 618 del principal y fs. 1 y 66/70 del cuaderno respectivo).

- II -

Fundada en los artículos 98, inciso a), de la ley 21.965 y 696, inciso a), del decreto 1866/83, la quejosa sostiene que la minusvalía derivada de una orden de traslado a un destino en el cual las condiciones geográficas y/o climáticas son la causa eficiente o desencadenante de la patología, autoriza a considerarla como ocurrida “en y por acto de servicio”.

En ese plano, defiende que el pronunciamiento le provoca un gravamen de imposible reparación posterior ya que conduce a la frustración de derechos provisionales conferidos por la ley 21.695 y tutelados por los artículos 14 bis, 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Expone que por decisión de la superioridad fue destinado a prestar servicios en la ciudad de La Quiaca, situada a 3500 metros sobre el nivel del mar, localidad donde se le declaró una endotelitis de ambas corneas como consecuencia de la altitud y donde revistó entre diciembre/2000 y mayo/2001, hasta ser trasladado en virtud de su dolencia.

Acota que, en un principio, fue erróneamente tratado en el Hospital Churruca por miopía y astigmatismo.

También expone que la enfermedad fue enmarcada en sede administrativa como adquirida en servicio (24/09/01) y que, con posterioridad a la demanda, la Junta de Reconocimientos Médicos de la accionada ponderó que presentaba una incapacidad total y permanente para la función policial (17/12/04), dictamen sobre cuya base se ordenó el inicio del trámite de retiro obligatorio, pero por una discapacidad desvinculada del servicio (31/01/05).

Resalta que lo decidido en sede administrativa desconoció lo ordenado en sede judicial, ya que el juez de grado había prohibido a la Policía expedirse sobre el retiro que pudiera corresponder al actor, por integrar ese extremo la presente litis (cfse. fs. 121, 159, 475 y 496).

Critica el temperamento adoptado para calificar su minusvalía pues, o bien fue adquirida o bien se agravó como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de la función policial, desde que el daño se produjo a partir de la modalidad riesgosa en que se desarrolló la tarea o a partir de la omisión culposa de no haber previsto un estudio médico de aptitud para cumplir con el servicio en condiciones particulares de altura y de presión atmosférica.

Ratifica que la patología se contrajo o se agravó como consecuencia de su traslado a La Quiaca, y que su destino y su permanencia forzada en el lugar se produjo “con motivo de su condición de policía” (art. 696, inc. a), 2ª part., dec. 1866/83). Cita, por analogía, el artículo 27, inciso 3º), del decreto 1411/66, reglamentario de la ley 19.101, al tiempo que pregona la inatención del supuesto de Fallos: 316:679, citado por los jueces de ambas instancias.

Caracteriza el rechazo del hecho nuevo denunciado como una renuncia de la Cámara a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, desde que la falta de ponderación del dictamen de la junta médica y de la resolución administrativa sólo puede considerarse un exceso formal que soslaya el reconocimiento por la accionada de una minusvalía total y permanente del 70% de la total obrera -baremo ley n° 24.241- y absoluta para la función policial.

Con cita de diversos testimonios, afirma que el uso de anteojos por el actor no significa que no esté definitivamente incapacitado -como dogmáticamente manifestó el juez de grado y confirmó la Cámara- toda vez que ellos constituyen un débil instrumento para atemperar, en el mejor de los casos, una minusvalía que le provoca una situación de virtual invalidez.

Refiere que el temperamento de la Sala, al confirmar la decisión de grado, conduce a la pérdida de siete años de haberes previsionales, ya que el origen de la lesión puede situarse razonablemente en marzo de 2001. Objeta la imposición de costas (cfr. fs. 588/608).

- III -

Ante todo, advierto que la parte demandante agrega copias de actuaciones administrativas de las que resulta que la Junta Permanente de Reconocimientos Médicos de la Policía Federal consideró que “...el

encartado padece miopía y endoteliosis corneal con acentuada disminución de la agudeza visual, padecimiento irreversible que constituye incapacidad definitiva para el servicio policial [...] Evalúase incapacidad laborativa para la vida civil, de carácter total y permanente, en SETENTA POR CIENTO (70%) de la Total Obrera, de acuerdo con el Baremo Nacional Ley 24.241 y Decreto 478/98..." (informe del 17/12/04).

Sobre esa base, la Jefatura Policial, previo dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, dispuso iniciar -con fecha 31/01/05- el trámite de retiro del actor en función de los artículos 92 inc. b), y 98 inc. c), de la ley 21.965, es decir: "Por incapacidad o inutilización, por enfermedad contraída o por accidente desvinculado del servicio..." (cfr. fs. 466/468).

De tal forma, la demandada rectificó la calificación anterior establecida en el marco sumarial y observada en el *sub lite*, según la cual el agravamiento de la afección, evidenciado a partir de marzo/01, se habría producido "en servicio" y por la influencia del bajo nivel de oxígeno ambiente y del aumento relativo de la tensión ocular que se da en la altura (cfse. resoluciones del 30/05/01 y 06/08/01, convalidadas por las resoluciones del 24/09/01, 09/01/02 y 11/03/02, a fs. 35/36, 55/57, 61, 86/87 y 91 del sumario 4635/01, y fs. 14/18 del principal).

Si bien el juez de mérito entendió improcedente la disposición del 31/01/05 que ordenó el inicio del trámite de retiro, por referirse a lo debatido en el caso, y mandó a la empleadora abstenerse de tomar cualquier medida con relación al actor hasta tanto se concluya el pleito (v. fs. 475), lo cierto es que la Policía Federal, más allá de la caracterización posterior de la dolencia como desvinculada del servicio, admitió que el actor presenta un padecimiento visual irreversible que lo incapacita definitivamente para el servicio policial y severamente para la vida civil.

Adviértase que la parte demandada, lejos de cuestionar la existencia de las actuaciones agregadas en copia por el reclamante, da cuenta del trámite concretado a los efectos de dar cumplimiento a la decisión judicial que estatuye la improcedencia del pase a retiro del interesado (v. fs. 479/480).

Dicho ello, estimo que a la fecha no cabe discutir que el actor se encuentra incapacitado en manera irreversible para el servicio policial y en un alto porcentaje para la actividad civil, por lo que en ese punto asiste razón al quejoso y corresponde atender a su agravio.

Vale recordar que los jueces tienen la obligación de apreciar las peticiones en materia previsional con particular cautela, ya que el rigor

de los razonamientos lógicos debe ceder para que no se desnaturalicen los objetivos tuitivos superiores que informan la seguridad social (S.C. D. 109, L XLVI; “Defino, Carlos c. Ministerio del Interior y otros”, sentencia del veintiséis de junio de dos mil doce), y ese temperamento resulta contradicho por la omisión de la Sala de valorar las constancias adjuntadas o, en su caso, de estar al hecho nuevo denunciado a fojas 544/545 (v. fs. 580vta., ítem III).

- IV -

Expuesto lo que precede, resta dilucidar en las actuaciones si la minusvalía del pretensor se produjo “en servicio”, como se entendió en sede administrativa y judicial, o bien “en y por acto de servicio”, como postula el interesado.

Recuérdese que el artículo 696 del decreto 1866/83, reglamentario de la ley 21.965 -normas federales según Fallos: 316:814; 326:2798; 327:5295, etc.-, recepta para la calificación legal de los accidentes y patologías sufridas por el personal policial cuatro categorías: a) “en y por acto del servicio”; b) “por acto del servicio”; c) “en servicio”; y, d) “desvinculado del servicio” (ver, igualmente, arts. 47, 48, 49, 92, 98, entre otros, de la ley 21.965).

Con arreglo a ello y en lo que interesa: “Se considerará que el fallecimiento o lesiones han ocurrido o que una enfermedad se ha contraído o agravado “en y por acto de servicio”, cuando sea la consecuencia directa o inmediata del ejercicio de la función policial, como un riesgo específico y exclusivo de la misma, o con motivo de su condición de policía, aunque no estuviere cumpliendo servicio o actos relativos a sus funciones, esto es, que no hubieran podido producirse en otras circunstancias de la vida ciudadana” (v. *art. 696, inc. a*, la cursiva no obra en el original).

A su turno, se entenderá que los eventos dañosos han acaecido “por acto del servicio”: “... cuando fueren la consecuencia directa o inmediata de un adiestramiento especial ordenado por la superioridad para el cumplimiento de una misión extraordinaria y de riesgo, o cuando sea el resultado de un accidente de un vehículo policial que concurre a una emergencia del servicio, debidamente comprobada, salvo que mediere en ambas situaciones grave negligencia o imprudencia por parte del causante.” (cfse. *art. 696, inc. h*).

Por su parte, se considerará que el evento ha ocurrido “en servicio”, salvo culpa grave, en los casos: “1. Que se haya producido durante el horario de trabajo y no encuadre en los supuestos de los incisos a) y b); 2. Cuando fueren consecuencia de prácticas en adiestramiento po-

licial especial, cuando se estuvieren cumpliendo órdenes superiores, salvo que mediare grave negligencia o imprudencia por parte del causante; 3. Cuando el hecho haya acaecido durante el trayecto ordinario, entre el lugar de su trabajo y su domicilio o viceversa, siempre que el recorrido no hubiera sido interrumpido por su interés particular; 4. Cuando el hecho se produjera fuera del horario de trabajo pero en cumplimiento de una orden del servicio, y, 5. Cuando fuere consecuencia de prácticas deportivas, equitación, gimnasia, esgrima o tiro, en cumplimiento de órdenes de servicio” (art. 696, inc. c).

Por último, se entenderá “desvinculado del servicio” todo deceso, lesiones o enfermedad contraída o agravada que no encuadre en los anteriores incisos a), b) y c) (v. art. 696, inc. d).

En el marco normativo expresado, examinadas las constancias de la causa y los precedentes de esa Corte en la materia, no considero procedente la pretensión recalificadora presentada por el actor.

Y es que el desarrollo o agravamiento de una patología como la endotelitis, por la influencia del bajo nivel de oxígeno y del aumento relativo de la tensión ocular que se verifica en la altura de La Quiaca, lugar de destino del Sr. Famá, no parece constituir un riesgo propio y específico de la profesión o una consecuencia directa e inmediata del ejercicio de la función policial (cfr. doctrina de Fallos: 316:679 y S.C. R. 2. L. XLII; “Rojas, Rodolfo c/ Estado Nacional”, del dieciséis de septiembre de dos mil ocho; S.C. G. 715, L. XLII; “Galera, Cirila c/ Estado Nacional”, del dieciséis de septiembre de dos mil ocho; S.C. D. 755 L. XLI; “Díaz, Raúl Alberto c/ Estado Nacional”, del veintitrés de septiembre de dos mil ocho, etc.).

En torno a la supuesta inatención del precedente de Fallos: 316:679, cabe decir que en él se lee que el criterio legislativo que distingue entre accidentes o dolencias “en y por actos de servicio” y “en servicio”, emerge literal de las leyes n° 16.443, 16.973 y 20.744, entre otros preceptos, resulta reafirmado en la ley 21.965 y en el decreto 1866/83 y se sustenta en los riesgos directos y propios de la profesión de policía para configurar el régimen jubilatorio especial (v. cons. 6°).

La índole de la solución propuesta, opino que me exime de tratar restantes agravios del actor.

- V -

Por lo expresado, estimo que corresponde hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario federal y confirmar la decisión apelada con el alcance indicado en el punto III. Buenos Aires, 1° de octubre de 2012. *M. Alejandra Cordone Rosello.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Fama, Juan José Osvaldo c/ Estado Nacional -Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos- Policía Federal Argentina s/ ordinario”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca que confirmó la sentencia de la instancia anterior que había rechazado la demanda, el actor dedujo el recurso extraordinario que, desestimado, motivó la presente queja.

2°) Que para decidir de tal manera la alzada ponderó que la patología padecida por el demandante no podía ser encuadrada como ocurrida “en y por actos de servicio” (artículo 696, inciso a, del decreto reglamentario 1866/83), por lo que correspondía mantener su encuadramiento en el inciso c, apartado 1°, de dicho artículo, esto es, como simplemente ocurrida «en servicio».

3°) Que el apelante se agravia de la calificación dada a su invalidez y sostiene que su enfermedad -aumento del espesor corneal con edema subclínico secundario o alteración bilateral de endotelio- se agravó al ser destinado a La Quiaca, zona que por su altitud -3500 metros por sobre el nivel del mar- determina una baja de la presión relativa del oxígeno que genera un aumento relativo de la presión ocular. Dicho efecto produjo un deterioro de su visión que fue reconocido por la demandada como equivalente a una incapacidad total y permanente del 70% de la total obrera y absoluta para el desempeño de funciones policiales.

4°) Que habida cuenta de que la materia tiene contenido federal, corresponde señalar que no se advierte que la patología incapacitante del recurrente encuadre en los estrictos cánones del inciso a del artículo 696 del decreto reglamentario 1866/83 para las invalideces adquiridas “en y por actos de servicio”, toda vez que no se ha demostrado que dicha patología sea la *“consecuencia directa o inmediata del ejercicio de la función policial, como un riesgo específico y exclusivo*

de la misma, o con motivo de su condición de policía, aunque no estuviere cumpliendo servicio o actos relativos a sus funciones, esto es, que no hubieran podido producirse en otras circunstancias de la vida ciudadana”.

5°) Que, por el contrario, como oportunamente señaló el juez de primera instancia y confirmó la alzada, la incapacidad del administrado encuadra en el inciso c del artículo 696 del decreto 1866/83, esto es “en servicio”, toda vez que fue adquirida o agravada por el cumplimiento de órdenes de la superioridad relacionadas con el destino geográfico donde debía prestar servicios.

6°) Que no resulta óbice a ello el hecho de que con posterioridad a la deducción de la demanda la Junta de Reconocimientos Médicos de la Policía Federal hubiera calificado a dicha discapacidad como desvinculada del servicio, pues de las constancias de la causa resulta indubitable que fue adquirida “en servicio”, máxime cuando esta Corte tiene reiteradamente decidido que la seguridad social tiene como cometido propio la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales, por lo que el apego excesivo al texto de las normas sin apreciar las circunstancias particulares de cada caso, no se aviene con la cautela con que los jueces deben juzgar las peticiones vinculadas con la materia previsional (Fallos: 332:913).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

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

Recurso de hecho interpuesto por **Juan José Osvaldo Fama**, representado por el **Dr. Marcelo Javier Sommer**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de Santa Rosa, provincia de La Pampa**.

UNIÓN PERSONAL DE FÁBRICAS DE PINTURAS Y
AFINES R.A. c/ COLORÍN INDUSTRIA DE MATERIALES
SINTÉTICOS S.A. s/ EJECUCIÓN FISCAL

ASOCIACIONES GREMIALES DE TRABAJADORES

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la excepción de inhabilidad de título y mandó llevar adelante la ejecución si no examinó en debida forma los argumentos de la demandada que ponían el acento en el hecho de que como el certificado de deuda incluía rubros correspondientes al aporte solidario al sindicato reclamante por parte de los trabajadores no afiliados (art. 108 del Convenio Colectivo de Trabajo 86/89), como así también a la contribución patronal establecida respecto de todos los empleados -afiliados y no afiliados- comprendidos en dicho convenio colectivo (art. 109), no resultaba procedente para su cobro la vía ejecutiva regulada en la ley 24.642, que en su primer artículo estableció que dicha norma regiría el procedimiento de cobro de los créditos originados en la obligación de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones correspondientes a los trabajadores afiliados al sindicato.

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario cuya denegación originaba la queja no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Los jueces de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmaron el rechazo de la excepción de inhabilidad de título ejecutivo interpuesta por la demanda en el juicio de apremio por deudas de aportes sindicales deducido por la actora (ver fs. 118/119 y fs.73/vta. de los autos principales que se citaran en lo sucesivo).

Para así decidir, describieron el procedimiento de ejecución judicial de los recursos de la entidad gremial y afirmaron que el certificado de deuda obrante en la causa cumple con cada uno de los recaudos exigidos por la norma, por lo tanto entendieron que resultaba plenamente hábil para iniciar la ejecución.

Destacaron que al oponerse la excepción de inhabilidad de título, la ejecutada no sólo negó la deuda, sino que opuso excepción de pago, extremo que contradice lo dispuesto por la norma general en cuanto a que la excepción de inhabilidad de título, resulta inadmisibile si no se ha negado la deuda (arg. 544, inc. 4 in fine CCPCCN) y se limita a impugnar en forma genérica el procedimiento aplicable al reclamo de autos, por lo tanto resolvieron rechazar la excepción interpuesta.

Contra tal pronunciamiento la actora dedujo el recurso extraordinario federal, el que fue contestado por la contraria, y rechazado en cuanto al planteo de arbitrariedad, dando origen a la queja en examen (ver fs. 123/142, 146/160, fs. 162 y fs. 49/53 del cuaderno respectivo).

- II -

La parte demandada se agravia, en síntesis, porque el a quo hizo una aplicación inapropiada de la ley 24.462 utilizándola para supuestos para los que no fue prevista dicha norma, razón por la cual la decisión carece de fundamentos suficientes para sustentarla. Afirma que la mayor parte del crédito cuyo pago se persigue proviene del aporte solidario de los empleados a favor del sindicato reclamante y que ese importe debió ser retenido de conformidad con el Convenio Colectivo de Trabajo N° 86/89. Sostiene que lo allí dispuesto no se vincula con las cuotas de afiliación de los trabajadores, cuyo procedimiento de cobro está previsto por la ley 24.642, que corresponde a los créditos generados por los trabajadores afiliados. En cambio, los conceptos reclamados se determinaron sobre la base de las contribuciones del empleador y los aportes de todos los trabajadores inclusive los no afiliados.

- III -

Los agravios del apelante suscitan cuestión federal bastante para su examen por la vía intentada, pues no obstante referirse a temas fácticos y de índole procesal, ajenos -como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no resulta óbice decisivo para la apertura del recurso cuando, con menoscabo del debido proceso y del derecho de defensa en juicio, el tribunal ha incurrido en exceso ritual y no ha considerado aspectos del problema que podrían incidir en la correcta solución del caso.

Es decir, como puntualiza la recurrente, los jueces omitieron tener en cuenta en su decisión que el certificado obrante a fs. 11 incluye rubros correspondientes al aporte solidario de los empleados a favor del sindicato reclamante del art. 108 del Convenio Colectivo de Tra-

bajo n° 86/89 que se corresponde con el art. 37 de la ley 23.551 y el art. 9 de la ley 14.250; y de la contribución solidaria que la empresa debió tributar por cada empleado según el art. 109 del mismo convenio, que se encuentra avalada por el art. 9° de la ley 23.551 y el 4° del decreto reglamentario n° 467/88.

Por lo tanto correspondía en primer lugar verificar si resultaba pertinente el procedimiento especial regulado en la ley 24.642 con el que se intenta llevar adelante la ejecución de la deuda de todos los rubros adeudados, previsto para el cobro de deuda correspondiente a trabajadores afiliados al sindicato. En concreto que no fue examinado en el caso que los aportes y contribuciones previstos en el convenio colectivo de trabajo invocado para fundar el reclamo, establece obligaciones de pago tanto para trabajadores afiliados como para no afiliados y también para los empleadores. Sin embargo, el procedimiento de cobro de aportes sindicales regulado por la ley 24.642, dispone en su art. 1° que esa ley rige el procedimiento de cobro de los créditos de las asociaciones sindicales de trabajadores originados en la obligación de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados al sindicato (el subrayado me pertenece).

Por lo tanto, el a quo debió responder al planteo de la demandada en tanto afirmó la no inclusión en el trámite ejecutivo especial de la ley 24.462 mencionada, de los aportes y contribuciones fijados por el convenio colectivo para no afiliados. Asimismo debió examinar si procedía la contribución de los empleadores, en particular la del art. 109 CCT mencionado. Es por ello que, considero que en el caso, se evidencia un supuesto de arbitrariedad toda vez que se verifica un apartamiento primario de la solución prevista en la ley, con una absoluta carencia de fundamentación, a fin de resguardar las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso (Fallos 323:2367).

En definitiva, no se trató -como sostuvieron los jueces- de dar por caído el planteo porque no se había negado la existencia de deuda, o que no se cumplía con los recaudos que refiere el código procesal para la vía de apremio, especialmente respecto de la excepción de inhabilidad de título (art. 544, inciso 4° del C.P.C.N.) sino, reitero, si el procedimiento especial de la ley 24.462 era aplicable a la totalidad del reclamo de autos.

Las razones descriptas, bastan para descalificar el pronunciamiento de los jueces que cuenta con sustento sólo aparente.

Cabe recordar que V.E. tiene dicho que corresponde su intervención con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, si el fallo impugnado propone una exégesis irrazonable de la norma aplica-

da que la desvirtúa, y conduce a un apartamento inequívoco de la finalidad perseguida mediante su sanción (v. doctrina de Fallos 306:940, 310:799, entre muchos otros).

En tales condiciones, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja fundada en la arbitrariedad del pronunciamiento, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y disponer que vuelvan los autos al tribunal de origen, a sus efectos. Buenos Aires, abril 15 de 2013. *M. Alejandra Cordone Rosello*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Unión Personal de Fábricas de Pinturas y Afines R.A. c/ Colorín Industria de Materiales Sintéticos S.A. s/ ejecución fiscal”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia que había rechazado la excepción de inhabilidad de título y mandado llevar adelante la ejecución promovida por la Unión Personal de Fábricas de pintura y Afines R.A., que perseguía, por la vía ejecutiva prevista en la ley 24.642, el cobro de aportes y contribuciones sindicales correspondientes al período septiembre de 1999 a mayo de 2004. Contra dicho pronunciamiento, la empresa ejecutada dedujo el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que aparte de negar la deuda que se reclama, la recurrente se agravia de que el a quo haya convalidado la aplicación del procedimiento previsto en la ley 24.642, que se refiere a los créditos de las asociaciones sindicales de trabajadores originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados a dichas entidades, sin tener en cuenta que, en el caso, los conceptos reclamados se determinaron sobre la base de las contribuciones del empleador y los aportes de todos los trabajadores en actividad, incluso aquellos no afiliados al sindicato.

3°) Que, más allá de la índole fáctica y procesal de las cuestiones planteadas en el recurso, ajenas -como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no impide su apertura cuando el estudio de los recaudos legales atinentes a su procedencia ha sido efectuado con injustificado rigor formal y el tribunal, mediante afirmaciones dogmáticas, ha omitido el tratamiento de planteos oportunamente propuestos y conducentes para la adecuada solución del litigio, todo lo cual redundaría en menoscabo de la garantía del debido proceso y del derecho de defensa en juicio.

4°) Que, en efecto, la alzada no examinó en debida forma los argumentos de la demandada que ponían el acento en el hecho de que como el certificado de deuda incluía rubros correspondientes al aporte solidario al sindicato reclamante por parte de los trabajadores no afiliados (art. 108 del Convenio Colectivo de Trabajo 86/89), como así también a la contribución patronal establecida respecto de todos los empleados -afiliados y no afiliados- comprendidos en dicho convenio colectivo (art. 109), no resultaba procedente para su cobro la vía ejecutiva regulada en la ley 24.642, que en su primer artículo estableció que dicha norma regiría el procedimiento de cobro de los créditos originados en la obligación de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones correspondientes a los trabajadores *afiliados* al sindicato.

5°) Que la falta de respuesta a dicho planteo dio lugar a una decisión que, apoyada en una fundamentación aparente, se apartó en forma arbitraria de la solución prevista en la ley, circunstancia que resulta suficiente para descalificar el pronunciamiento del tribunal.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada en lo que ha sido materia de agravios. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.

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

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

Considerando:

Que el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48) .

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se rechaza la presentación directa y, se da por perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **Colorín Industria de Materiales Sintéticos S.A.**, representada por el **Dr. Eugenio José Maurette**, con el patrocinio letrado del **Dr. Patricio Alberto Minin**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 60.**

CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOC. CIVIL PARA SU
DEFENSA c/ BANCO ITAU BUEN AYRE ARGENTINA S.A. s/
ORDINARIO

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Corresponde confirmar la sentencia que revocó la resolución por la que se había admitido la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el banco demandado si el derecho cuya protección procura la actora es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111) y del art. 52 de la ley 24.240 y se trata de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos - cuestionamiento del concepto “riesgo contingente”

en algunos supuestos y cobro de una Tasa Efectiva Anual considerada abusiva-, y en tanto la pretensión está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de los sujetos afectados y se enmarca dentro del objeto estatutario de la asociación actora.

-El juez Petracchi, en voto individual, remitió a su voto en el precedente “PADEC”-.

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Si la asociación civil actora inició contra diversas entidades bancarias otros procesos colectivos con idéntico objeto al de autos y éstos tramitaron ante distintos tribunales de, por lo menos, dos fueros de la Ciudad de Buenos Aires, y considerando que la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto podría traer aparejado el riesgo de que se dictaran sentencias disímiles o contradictorias sobre una misma materia, se exhorta a los tribunales de grado a implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos y se hace saber a la actora que, en el futuro, deberá informar en forma clara e indubitable en su primera presentación procesal la iniciación de más de una acción colectiva con idéntico objeto.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la falta de legitimación activa postulada por el banco (fs. 99/105 y 130/139).

Para así decidir, el tribunal sostuvo que teniendo en cuenta el reclamo formulado por el actor, entidad destinada a la protección de consumidores de servicios financieros, vinculado con la improcedencia del débito en las cuentas corrientes bancarias por los conceptos “riesgo contingente”, “exceso de acuerdo” y la tasa de interés por tales rubros, su legitimación no puede ser cuestionada. Cita al respecto la doctrina del Máximo Tribunal en autos “Halabi” (Fallos: 332:111).

Aclaró que en definitiva, “se pretende una condena de carácter general, toda vez que la acción recae sobre una conducta uniforme del Banco -cobro de sumas reputadas indebidas a usuarios que efectuaron operaciones en cuenta corriente al descubierto-”.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, Banco Itau Argentina S.A. dedujo recurso extraordinario, que fue concedido (fs. 143/162 y 209/210). En ajustada síntesis, alega que existe cuestión federal en tanto se encuentra en juego la interpretación de los artículos 43 y 116 de la Constitución Nacional y 2 de la Ley N° 27 y, asimismo, que la sentencia es arbitraria.

Argumenta, centralmente, que no existe en la especie “caso” o “controversia”, lo cual constituye un requisito para la procedencia de la acción, toda vez que no existe una sola referencia al banco demandado en el escrito de inicio, y las conductas imputadas no se vinculan con el accionar de la entidad financiera. Aclara que el cargo que se cobra a los cuenta correntistas por sobregiros no es ocultado por su parte.

Entiende que la actora no posee legitimación para reclamar por los derechos de las personas jurídicas, teniendo en cuenta su objeto social. Desde otro lado, considera que la acción, en el caso, resulta ser privativa de cada uno de los clientes. Aclara, por último, que el cargo en cuestión no se cobra a todos los titulares de cuenta, sino sólo cuando solicitan un sobre giro.

Asimismo, sostiene que el reclamo individual por parte de los clientes no es, en el caso, ni irrazonable ni injustificado, valorando que la reglamentación sobre cuenta corriente bancaria prevé un mecanismo sencillo y gratuito para impugnar cualquier rubro que el banco pretenda cobrar.

Por último, ataca la sentencia por arbitraria, pues no analiza si media en el caso homogeneidad fáctica y normativa en el marco de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedente “Halabi” citado por la alzada.

- III -

En primer lugar, y habida cuenta que las cuestiones materia de recurso, en orden a la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional en relación con la legitimación de las asociaciones de consumidores en acciones como la aquí entablada en los términos de la

Ley N° 24.240, resultan sustancialmente análogas a las estudiadas por el Máximo Tribunal en el precedente de Fallos: 332:111 “Halabi”, me remito a sus términos y conclusiones, en razón de brevedad.

En este sentido, cabe mencionar que en el Fallo citado, esa Corte sostuvo que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 la categoría de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, tal el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados, como en el supuesto de autos, de afectaciones a los derechos de los usuarios.

En estos casos, no hay un bien colectivo en crisis, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay, al decir de ese Tribunal, una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte salvo en lo que hace a la prueba del daño (considerando 12 Fallos: 332:111).

Cabe precisar, que la divisibilidad y la patrimonialidad, en el marco de la doctrina antes expuesta, no impiden ni obstaculizan la procedencia de la acción colectiva, en tanto se refiere a derechos individuales homogéneos que involucren intereses patrimoniales vinculados con relaciones de consumo, con el alcance subjetivo previsto en el artículo 1 de la Ley N° 24.240 (mod. por Ley N° 26.361, B.O. 7/4/08), y que el interés individual considerado aisladamente, no justificaría en principio la promoción de una demanda, sin perjuicio de la preeminencia que adquiere en el caso la materia, el derecho de consumidores y usuarios financieros. La naturaleza de este derecho excede el interés de cada parte y pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal en su protección (considerando 13 Fallos: 332:111).

En el caso, tal como manifestó el *a quo*, media un hecho único que provoca una lesión a titulares de derechos individuales y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. La pretensión está concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. La existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho (considerando 13

Fallos: 332:111). Circunstancia que se encuentra satisfecha en autos, ya que al Banco se le imputa una única conducta como improcedente, esto es el cobro en las cuentas corrientes de los conceptos: “riesgo contingente”, “exceso de acuerdo” y la tasa de interés por tales rubros.

La demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos los supuestos a quienes se les hayan aplicado dichos cobros en sus cuentas, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre (Considerando 12, Fallos: 332:111).

En tales condiciones, el argumento vinculado con el sistema administrativo de reclamos que la demandada invoca en esta instancia a fojas 160 y vta. sin dar mayores especificaciones, no resulta hábil para modificar la solución que se propone. Máxime cuando la existencia de esa vía de reclamaciones no impide la procedencia eventual de este tipo de acciones.

- IV -

Por las consideraciones que anteceden, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia. Buenos Aires, 12 de marzo de 2013. *M. Alejandra Cordone Rosello*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario”.

Considerando:

1º) Que la asociación civil “Consumidores Financieros” inició demanda contra el Banco Itaú Buen Ayre S.A. con el objeto de que se lo condenara a devolver a los usuarios de cuenta-corriente de la entidad —fueran personas físicas o jurídicas— lo percibido de más durante los últimos diez años: a) por el cobro del concepto denominado “riesgo contingente”, fuera percibido de manera única o en paralelo con otro identificado como “exceso de acuerdo”, cuando los sobregiros efectuados se hubieran cubierto por el cliente en el mismo día; b) lo cobrado por tal concepto —aun si el descubierto hubiera prose-

guido por más de un día— cuando su proyección financiera arrojaba una Tasa Efectiva Anual que excediera los límites razonables en la materia. Además, requirió que se ordenara el cese de esos procedimientos para el futuro, disponiéndose la reformulación de los cálculos respectivos de intereses y de la metodología de tratamiento para los casos de “riesgo contingente”.

2º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la resolución de la jueza de primera instancia, por la que se había admitido la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada. Para decidir de ese modo el a quo sostuvo que la habilitación normativa para que las asociaciones puedan iniciar acciones orientadas a la protección de usuarios y consumidores proviene tanto del artículo 43 de la Constitución Nacional como del artículo 52 de la ley 24.240. Esta última norma, continuó, legitima a las referidas asociaciones a demandar en defensa tanto de intereses individuales como colectivos de los usuarios.

Agregó que, según la jurisprudencia de este Tribunal, el artículo 43 de la Constitución Nacional resulta operativo en relación a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Destacó que en el caso existe una contraposición de intereses entre el banco demandado, que podría haber cobrado una comisión excesiva por giros en descubierto fundada en el riesgo de incobrabilidad, y los clientes de la entidad que, en tal caso, sufrirían un menoscabo patrimonial como consecuencia de esa conducta. En razón de ello entendió que, independientemente de que se inscribiera la cuestión dentro de la órbita de los “derechos de incidencia colectiva” o de “incidencia colectiva referida a intereses individuales homogéneos”, lo cierto era que no podía negarse legitimación a la asociación para deducir la demanda, ya que lo que se pretendía era una condena de carácter general, en la medida en que la acción recaía sobre una conducta uniforme del banco.

Finalmente señaló que, si bien la redacción del escrito inicial podía haber generado alguna duda respecto de la existencia de un “caso” en el sub examine, lo cierto era que ello se había despejado en una presentación posterior en la que la actora manifestó que lo discutido en autos es una conducta única y uniforme de la demandada,

con respecto a todos los clientes que poseen una cuenta corriente, que afecta intereses individuales homogéneos, los cuales también son patrimoniales.

3°) Que contra esa decisión, el Banco Itaú Buen Ayre S.A. interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 143/162, que fue concedido por el a quo (fs. 209/210).

4°) Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte son sustancialmente análogas a las examinadas en la causa P361.XLIII. “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, fallada el 21 de agosto de 2013, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

5°) Que ello es así, pues el derecho cuya protección procura la actora en el sub examine es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada por esta Corte en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111) y del artículo 52 de la ley 24.240 (confr. considerandos 11 y 15 de la citada causa “PADEC”).

En efecto, en el sub lite existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos: el cobro a los usuarios de cuentas corrientes del concepto “riesgo contingente” a pesar de que el cliente haya cubierto los sobregiros efectuados dentro del horario de atención bancaria del mismo día, y la aplicación a las operaciones en descubierto de una Tasa Efectiva Anual que excedería los límites razonables en la materia. Tal conducta fue llevada a cabo en forma análoga respecto de todos los damnificados y los afecta de manera similar, con independencia de la cuantía del daño sufrido individualmente.

Además, la pretensión de la actora está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de los sujetos afectados, en tanto se ha puesto en cuestión la procedencia del cobro de los cargos y de una tasa considerada abusiva, aspecto para cuya resolución las cualidades individuales, capacidad financiera o profesionalidad de cada uno de los clientes de la entidad no se advierten como relevantes. Por lo demás, los fundamentos jurídicos de la pretensión resultan uniformes respecto de la totalidad del colectivo que se pretende representar.

Asimismo, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, pues no parece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así puesto que la escasa significación económica de las sumas disputadas, individualmente consideradas, permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.

Por otra parte, el reclamo deducido en autos se enmarca dentro del objeto estatutario de la asociación actora, en tanto ésta declara entre sus propósitos "...A) *promover en pro del bien común, medidas concretas de protección de los intereses de las personas que deban recibir dinero por cualquier concepto sustentado en una actitud comercial del beneficiado, o que en su rol de consumidores gasten o inviertan sumas de dinero en virtud de contratos onerosos destinados a adquirir o retribuir servicios, productos o insumos de distinta naturaleza y/o por la compra de bienes de todo tipo, siempre que las erogaciones por tales negocios jurídicos o el no cobro de determinadas sumas se refleje en el patrimonio de dichas personas físicas ... B) Proteger, representar y atender a los consumidores que por cualquier concepto eroguen sumas de dinero ... J) Defender y representar los intereses económicos de los ciudadanos y consumidores en general y de los asociados en particular ante la justicia...*" (confr. artículo segundo de su estatuto, obrante a fs. 2/6).

6°) Que a lo expresado resulta necesario agregar que, en atención a los intereses involucrados en el presente, el tribunal deberá otorgar al Ministerio Público la intervención que corresponda en virtud de lo previsto en los arts. 25, inc. a, y 41 de la ley 24.946, y 52 de la ley 24.240.

7°) Que también se impone señalar que el tribunal de origen deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del art. 54 de la ley 24.240. A tales efectos, deberá: identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso y arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resul-

tado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar afuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte (confr. considerando 20 de la causa “Halabi”, ya citada).

8°) Que, finalmente, el tribunal no puede dejar de advertir que la asociación actora ha iniciado contra diversas entidades bancarias otros procesos colectivos con idéntico objeto al de autos y que estos tramitaron ante distintos tribunales de, por lo menos, dos fueros de la Ciudad de Buenos Aires. Esta situación fue especialmente considerada por esta Corte en la causa “Halabi” (considerando 20), en la que señaló que la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto podría traer aparejado el riesgo de que se dictaran sentencias disímiles o contradictorias sobre una misma materia. Es por eso que se exhorta a los tribunales de grado a implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos y se hace saber a la actora que, en el futuro, deberá informar en forma clara e indubitable en su primera presentación procesal la iniciación de más de una acción colectiva con idéntico objeto.

Por todo lo expuesto, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, con el alcance indicado en los considerandos 6° y 7°. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase al tribunal de origen.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por esta Corte en la causa P361.XLIII “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” (voto del juez Petracchi), fallada el 21 de agosto de 2013, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario deducido por la parte demandada y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Banco Itaú S.A.**, representado por el **Dr. Ignacio Flores**.

Traslado contestado por: **Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa**, representada por el **Dr. Osvaldo A. Prato**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial n° 9, Secretaría n° 17**.

CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACIÓN CIVIL P/S
DEFENSA c/ LA MERIDIONAL COMPAÑÍA ARGENTINA DE
SEGUROS S.A. s/ ORDINARIO

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada y rechazó la demanda iniciada por una asociación civil contra una compañía de seguros con el objeto de que se le ordenara cesar en la práctica de cobrar a sus clientes, en los contratos de seguro con cobertura patrimonial, intereses sobre las cuotas de la prima que no se encontraban vencidas al momento en que se producía el siniestro, ya que el derecho cuya protección se procura es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos, la pretensión está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada y de no reconocerse legitimación procesal a la demandante podría comprometerse seriamente el acceso a justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir.

- El juez Petracchi, en voto individual, remitió a su voto en el precedente “Padee”-.

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La cuestión debatida en las presentes actuaciones guarda en lo sustancial analogía con la examinada por esta Procuración General en el dictamen del día de la fecha en los autos S.C. C. 434, L. XLVII, “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Citibank NA s/ ordinario”, a cuyas conclusiones cabe remitir, en todo lo pertinente, por razones de brevedad.

En razón de lo allí expuesto, opino que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 23 de diciembre de 2013. *Irma Adriana García Netto*.

Suprema Corte:

-I-

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó a fojas 135/142 la sentencia de fojas 94/103 de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada.

-II-

Contra esa sentencia, la demandada interpuso a fojas 149/163 el recurso extraordinario que fue concedido a fojas 177/178. La recurrente tilda a la sentencia de arbitraria por contrariar los derechos de defensa en juicio, debido proceso y propiedad. Asimismo, le endilga una incorrecta interpretación de los artículos 43 y 116 de la Constitución Nacional, del artículo 2 de la ley 27 y del fallo de la Corte Suprema en el caso “Halabi” (Fallos: 332:111).

-III-

La sentencia apelada es asimilable a definitiva en los términos del artículo 14 de ley 48 toda vez que, si bien no pone fin al pleito en cuanto al fondo, al rechazar la excepción opuesta selló definitivamente la cuestión acerca de la viabilidad y el alcance de la acción en el marco de lo dispuesto por normas federales (artículos 42 y 43,

Constitución Nacional), aspectos que no podrán ser replanteados ulteriormente (cf. lo dictaminado por esta Procuración General el 17 de mayo del corriente año en autos S.C. A. 803, L. XLVI, “Asociación Civil DEFEINDER y otros c/ Telefónica de Argentina SA s/ proceso de conocimiento”).

Por otra parte, se cuestiona la inteligencia de normas federales (artículos 42 y 43, Constitución Nacional, y artículo 2, ley 27) y la sentencia del tribunal superior de la causa es contraria a lo pretendido por la recurrente. Ello determina que el recurso extraordinario es formalmente admisible (artículo 14, inciso 3, ley 48).

Considero que la atribución de arbitrariedad al pronunciamiento impugnado está estrechamente vinculada a la cuestión federal planteada, por lo que ambos agravios serán tratados conjuntamente (cf. Fallos: 329:1631; 330:2206).

-IV-

La cuestión controvertida relativa a la legitimación de las asociaciones de consumidores en acciones como la aquí entablada es sustancialmente análoga a la resuelta por la Corte Suprema en los precedentes registrados en Fallos: 332:111 (“Halabi”) y S.C. P. 361, L. XLIII, “PADEC c/ Swiss Medical SA s/ nulidad de cláusulas contractuales”, sentencia del 21 de agosto de 2013. Por lo tanto, me remito a sus términos y conclusiones, en todo lo pertinente, por razones de brevedad.

La Corte ha sostenido en el fallo Halabi ya citado que la Constitución Nacional admite en el artículo 43, segundo párrafo, la categoría de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, entre los que se incluyen los derechos de los usuarios y consumidores (v., en especial, considerandos 12° y 13°). La Corte entiende que la procedencia de estas acciones requiere la verificación de tres requisitos: una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Con respecto al último requisito, el Tribunal precisa que la acción también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, existe un fuerte interés estatal en su protección.

Considero que los tres requisitos para la procedencia de la acción están satisfechos en las presentes actuaciones. En efecto, en primer lugar, existe un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, compuesta por el con-

junto de clientes del banco demandado depositantes de plazos fijos en dólares estadounidenses. Este hecho consiste en la acción del banco demandado de redondear hacia abajo las sumas de centavos a pagar en concepto de intereses.

En segundo lugar, la pretensión está concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. La actora reclama que se recalculen las sumas a pagar en concepto de intereses cuando se haya abonado menos de lo correspondiente, se restituyan las diferencias existentes y se aplique a favor de los perjudicados la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. De este modo, la causa o controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto ha sufrido, sino con los elementos homogéneos que comparte esa pluralidad de sujetos, todos ellos afectados de igual modo por un mismo hecho.

Por último, el interés individual considerado aisladamente no justifica la promoción de una demanda, por lo que, de no admitirse esta acción colectiva, se vería afectado el acceso a la justicia. El perjuicio ocasionado a cada cliente individual por la falta de pago de algunos centavos de dólar en cada pago de intereses -como consecuencia del modo en el que el banco demandado redondeó esas sumas- puede ser mínimo y sólo cobra relevancia debido a la multiplicidad de depositantes afectados. Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que la acción también es procedente en virtud de la trascendencia social de los derechos en juego, cuya naturaleza excede el interés de cada parte y evidencia la presencia de un fuerte interés estatal en su protección (cf. artículo 42, Constitución Nacional).

-V-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 23 de diciembre de 2013. *Irma Adriana García Netto*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”.

Considerando:

1º) Que “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa” inició demanda contra La Meridional Compañía de Seguros S.A. con el objeto de que se le ordenara a esta última cesar en la práctica de cobrar a sus clientes, en los contratos de seguro con cobertura patrimonial, intereses sobre las cuotas de la prima que no se encontraban vencidas al momento en que se producía el siniestro y que eran descontadas de la indemnización cuando ésta se abonaba. Además, requirió que se condenara a la demandada a devolver a esos clientes, en tanto fueran personas físicas, la carga financiera o intereses que no hubiera deducido, en los últimos diez años, del monto de las cuotas de la prima canceladas antes de la fecha de pago pactada. También demandó la fijación de una indemnización por daño punitivo en los términos del artículo 52 bis de la ley 24.240.

2º) Que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, revocó el pronunciamiento de primera instancia, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada y rechazó la demanda, con costas en el orden causado. Para decidir de ese modo, el a quo sostuvo que la pretensión efectuada debía examinarse desde la categoría de las acciones de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos y que no se encontraban configurados en el caso los elementos que, según lo establecido por esta Corte en el precedente “Halabi”, permitieran otorgar legitimación a una asociación como la actora para demandar en defensa de un universo de consumidores.

Señaló que el objeto de la acción involucraba contrataciones diversas, realizadas por distintas personas y con diferentes características tanto en las condiciones del seguro, el tipo de siniestro acaecido o el monto pendiente de cancelar por lo que no se presentaba la caracterís-

tica de homogeneidad que se requería para habilitar la vía intentada. Agregó que la pretensión no se encontraba concentrada en los efectos comunes del actuar cuestionado sino que se dirigía a aquello que cada individuo podía peticionar, por lo que la intención de la demandante no era restringir o detener un hecho que estuviera provocando una lesión a derechos individuales homogéneos.

Finalmente, destacó que tratándose de montos descontados al momento de pago de cada una de las individuales indemnizaciones acordadas no se advertía cuál era la dificultad que impedía a los asegurados reclamar en esa oportunidad, por lo que podría presumirse una renuncia individual a ese derecho.

3º) Que contra esta decisión la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 145/158 vta., que fue concedido por el a quo a fs. 174/174 vta. por encontrarse alegada la afectación de garantías constitucionales básicas como el derecho a la igualdad, la defensa en juicio, el debido proceso y el derecho del consumidor.

4º) Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte son sustancialmente análogas a las examinadas en la causa P361.XLIII, “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, fallada el 21 de agosto de 2013, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

5º) Que ello es así, pues el derecho cuya protección procura la actora en el sub examine es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada por esta Corte en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111) y del artículo 52 de la ley 24.240 (confr. considerandos 11 y 15 de la citada causa “PADEC”).

En efecto, en el sub lite existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos: la detracción del saldo de cuotas pendientes al momento del pago de las indemnizaciones por siniestros, sin discriminar entre capital e intereses. Asimismo, se alega que tal conducta habría sido implementada, en forma sistemática, respecto de un conjunto de asegurados (personas físicas sin facturación mensual), lo que permite tener por configurada la existencia de una causa fáctica común, es decir, un comportamiento del demandado que se repite en situaciones similares.

Además, la pretensión de la actora está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada, en tanto se ha puesto en cuestión la procedencia de una conducta que perjudicaría por igual a todos aquellos asegurados a quienes se les abona la indemnización por un siniestro acaecido. En este punto, los fundamentos jurídicos de la pretensión son uniformes respecto de la totalidad del colectivo que se pretende representar.

Las particulares características del tipo de seguro contratado o la existencia de distintos montos pendientes de cancelación —aspectos propios de las relaciones de consumo como la aquí examinada— podrán resultar relevantes a la hora de evaluar la repercusión que el proceder cuestionado produjo en cada uno de los asegurados, mas no impiden que la materia de fondo planteada pueda decidirse, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso judicial. No se advierte que dichas singularidades de la relación aseguradora-asegurado tengan una entidad tal como para descartar la existencia de una homogeneidad fáctica y normativa que habilite la vía intentada.

Asimismo, tanto las constancias obrantes en autos como los términos de la pretensión formulada por la asociación actora permiten sostener que de no reconocerse legitimación procesal a la demandante podría comprometerse seriamente el acceso a justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir en autos.

En efecto, a los fines de valorar adecuadamente este aspecto, corresponde atender, en el caso concreto, a las dificultades de acceso consideradas globalmente.

En ese orden de ideas, dadas las características que presenta la materia objeto del pleito es dable presumir que los costos (económicos y no económicos) que se derivarían de la iniciación de una demanda individual resultarían muy superiores a los beneficios que produciría un eventual pronunciamiento favorable. En consecuencia, frente al riesgo cierto de que la promoción de acciones individuales resulte inviable o de muy difícil concreción, la acción colectiva aparece como el medio idóneo para garantizar a los consumidores involucrados el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, el reclamo deducido en autos se enmarca dentro del objeto estatutario de la asociación actora, en tanto ésta declara entre sus

propósitos "...A) *promover en pro del bien común, medidas concretas de protección de los intereses de las personas que deban recibir dinero por cualquier concepto sustentado en una actitud comercial del beneficiado, o que en su rol de consumidores gasten o inviertan sumas de dinero en virtud de contratos onerosos destinados a adquirir o retribuir servicios, productos o insumos de distinta naturaleza y/o por la compra de bienes de todo tipo, siempre que las erogaciones por tales negocios jurídicos o el no cobro de determinadas sumas se refleje en el patrimonio de dichas personas físicas...* B) *Proteger, representar y atender a todos los consumidores que por cualquier concepto eroguen sumas de dinero...* J) *Defender y representar los intereses económicos de los ciudadanos y consumidores en general y de los asociados en particular ante la justicia...*" (confr. artículo segundo de su estatuto, obrante a fs. 4/19).

6º) Que, a lo expresado resulta necesario agregar que, en atención a los intereses involucrados en el presente, el tribunal de origen deberá otorgar al Ministerio Público la intervención que corresponda en virtud de lo previsto en los arts. 25, inc. a, y 41 de la ley 24.946, y 52 de la ley 24.240.

7º) Que también se impone señalar que el mismo tribunal deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del art. 54 de la ley 24.240. A tales efectos, deberá: identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso, arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar afuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte (confr. considerando 20 de la causa "Halabi", ya citada).

8º) Que, finalmente, el Tribunal no puede dejar de advertir que la asociación actora ha iniciado contra diversas entidades aseguradoras otros procesos colectivos con idéntico objeto al de autos y que estos tramitaron ante distintos tribunales del fuero comercial de la Ciudad de Buenos Aires. Esta situación fue especialmente considerada por esta Corte en la causa "Halabi" (considerando 20), en la que señaló que la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto podría traer aparejado el riesgo de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre una misma materia. Es por eso que se exhorta a los tribunales de grado a implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos y se hace saber a la actora que, en el futuro,

deberá informar en forma clara e indubitable en su primera presentación procesal la iniciación de más de una acción colectiva con idéntico objeto.

Por todo lo expuesto, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por esta Corte en la causa P361.XLIII “PA-DEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” (voto del juez Petracchi), fallada el 21 de agosto de 2013, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario deducido por la parte actora y se deja sin efecto la sentencia impugnada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa**, representada por el **Dr. Osvaldo A. Prato**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial n° 10, Secretaria n° 20.**

DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN c/ TRENES DE BUENOS AIRES (TBA) Y OTRO s/ AMPARO LEY 16.986**USUARIOS Y CONSUMIDORES**

La sentencia que rechazó la acción de amparo promovida por el Defensor del Pueblo de la Nación contra Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA) a fin de que se preste el servicio de transporte ferroviario en forma digna y eficiente y que garantice el desplazamiento de personas con discapacidades, de acuerdo con lo establecido por el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional y la ley 24.314, de Accesibilidad de Personas con Movilidad Reducida y contra el Estado Nacional para que ejecute los controles y acciones necesarias, constituye un exceso de rigor formal ya que los jueces -al rehusarse a dirimir los planteos propuestos- no tuvieron en cuenta la abundante actividad probatoria producida por las partes, que resulta claramente conducente para la decisión del fondo del asunto, máxime si se había dispuesto la suspensión de los plazos procesales por el transcurso de dos años, con sustento en que existía un expediente análogo, en el que se habían ordenado medidas probatorias para mejor proveer.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 887/894, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III), al confirmar el pronunciamiento de primera instancia, rechazó la acción de amparo planteada por el Defensor del Pueblo de la Nación para que se condene a Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA) -en los ramales que unen las Estaciones Once - Moreno y Retiro - José León Suárez- a brindar a los usuarios un servicio digno y eficiente; y que garantice el desplazamiento de personas discapacitadas de acuerdo con lo previsto por el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional y lo dispuesto en la ley 24.314. No obstante ello, se hizo saber a la Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, como así también a la Comisión Nacional de Regulación de Transporte que, de conformidad con la resolución 94/04 de la Secretaría de Transporte (arts. 2° y 3°),

se debía dar estricto cumplimiento a las tareas de supervisión de las obras destinadas a reconstruir y remodelar las estaciones, aprobadas por dicho acto.

Los magistrados entendieron que la acción de amparo no era la vía adecuada para efectuar un análisis integral sobre la forma en que se cumple la prestación del servicio que brinda TBA, en la medida en que el actor pretende que se mejore su calidad, la del material rodante y de las estaciones, en razón de encontrarse acreditado -según el Defensor del Pueblo- el desprecio de la empresa para con los usuarios.

Por otro lado, indicaron que la cuestión se enmarcaba en un contexto de emergencia pública de los servicios ferroviarios -entre ellos el que se encuentra a cargo de TBA- declarada por el decreto 2075/02 y que afectó tanto el cumplimiento de los planes de inversión en obras oportunamente acordados como la explotación del servicio sujeto a determinados subsidios o aportes del Estado Nacional. Expusieron que, como consecuencia de ello, se dictó un entramado de actos, que se continuaron sucediendo después del inicio de esta acción judicial, por los cuales las autoridades administrativas regularon e implementaron el desarrollo del contrato de concesión y la prestación del servicio público.

Destacaron asimismo que, por ser de competencia del Poder Ejecutivo regular todo lo referente al servicio de transportes, no correspondía a la justicia sustituir -en principio- los criterios empleados por aquél en ejercicio de facultades que le son propias, sin que se advirtiera, por lo demás, que habían sido ejercidas con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta.

Concluyeron así en que no se daban los presupuestos sustanciales que condicionan la viabilidad de la acción de amparo, al haberse excedido el ámbito de debate y prueba propio de dicha vía y al no advertirse la existencia de una manifiesta arbitrariedad o ilegalidad.

- II -

Disconforme, el Defensor del Pueblo de la Nación interpuso el recurso extraordinario de fs. 898/914, el cual fue concedido por cuestionarse la interpretación de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional (fs. 943).

Se agravia, en síntesis, porque en la sentencia: (i) no se indica cuáles serían las pruebas y el debate necesario que deberían producirse para que la acción de amparo resulte procedente; (ii) se vulnera el art. 43 de la Constitución Nacional, al desconocerse la tendencia ac-

tual de otorgar un amplio espectro de protección de los derechos y garantías previstos en la Ley Fundamental, dejando de lado el criterio de excepcionalidad que tuvo la acción de amparo; (iii) se lesionan los derechos de los usuarios y consumidores contemplados en el art. 42 de la Constitución Nacional, por cuanto el servicio que se presta en la actualidad no difiere sustancialmente del que se daba al inicio de la demanda. Al respecto, dijeron que los pasajeros siguen viajando con graves deficiencias y riesgos para su vida y (iv) aun cuando se alude para desestimar el amparo a la declaración de emergencia en el servicio ferroviario de pasajeros, como a las sucesivas resoluciones mediante las cuales se instrumentaron programas de remodelación de obras, ello no habilita a que TBA preste un servicio deficitario que perjudica a los usuarios, quienes son transportados en coches sin limpieza y con roturas de pisos y asientos; sin la señalización adecuada de las estaciones, sin sanitarios utilizables, ni ingreso apropiado para las personas discapacitadas.

- III -

En mi opinión, el recurso extraordinario concedido por la Cámara resulta inadmisibile, al no dirigirse contra una sentencia definitiva ni asimilable a tal, en los términos exigidos por la jurisprudencia de V.E. para habilitar la vía del art. 14 de la ley 48, pues no se ha pronunciado acerca de las cuestiones de fondo en debate y queda a salvo la posibilidad de que sean planteadas en un proceso de conocimiento posterior.

En efecto, el superior tribunal de la causa desestimó la acción de amparo sobre la base de considerar la improcedencia de la vía elegida para pretender la revisión integral de la prestación y de la concesión del servicio transporte ferroviario de pasajeros, y de advertir, después de confrontar la situación general en la que se desenvuelve el servicio con los nuevos actos que se sucedieron a partir de la emergencia pública declarada por el decreto 2075/02, que no había una lesión a los derechos representados por el actor de carácter manifiesta.

El carácter excepcional de la acción de amparo ha llevado al Tribunal a señalar, con énfasis y reiteradamente, que la existencia de una vía legal para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, su admisibilidad, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes; regla que ha sostenido en casos en los cuales las circunstancias comprobadas de la causa evidencian que no aparece nítida en la especie una lesión cierta o ineludible causada por la autoridad con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, en tanto el

asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate y prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (Fallos: 303:422).

También ha expresado el Tribunal que la doctrina sobre el alcance de la acción de amparo y su carácter de vía procesal de excepción no ha sido alterada, sin más, por la inclusión en la reforma constitucional de 1994 del art. 43. Esta norma al disponer que “*toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*” mantiene el criterio de excluir la acción cuando por las circunstancias del caso concreto, se requiere mayor debate y prueba, y por tanto no se da el requisito de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla (Fallos: 330:4144 y sus citas).

Por otra parte, resulta particularmente necesario en esta clase de juicios que, al interponer el recurso extraordinario, el apelante demuestre que el pronunciamiento impugnado tenga carácter definitivo, en el sentido de que el agravio alegado sea de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior, precisando por qué no habría oportunidad en adelante para volver sobre lo resuelto (Fallos: 308:1832 y 312:262). Sin embargo, en la apelación *sub examine* el actor ha prescindido abiertamente de demostrar -más allá de la mera invocación del agravio constitucional- que su pretensión no pueda hallar tutela adecuada en los procedimientos ordinarios.

Por lo demás, considero que el apelante carece de perjuicio concreto, pues no se advierte cómo se restringen o limitan los derechos que él representa si se atiende a que después de iniciada la demanda se dictaron actos que habrían modificado las condiciones en que se presta el servicio. De ahí que las afirmaciones efectuadas en el recurso extraordinario no pasan de ser dogmáticas y sin sustento probatorio. Más aún, pretender que se revise la prestación y la concesión del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros excede ampliamente las posibilidades de la excepcional vía del amparo que resulta inadecuada para resolver la cuestión.

En definitiva, la sentencia recurrida no importa un pronunciamiento contrario a los derechos que representa el actor, sino sobre la improcedencia formal de la acción instaurada para poner en debate el respeto a esos derechos, ni existe, en consecuencia, a mi modo de ver, gravedad institucional que justifique prescindir del requisito de sentencia definitiva, previsto por el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 326:3720).

- IV -

En tales condiciones, no se advierte que en el *sub lite* se configure la hipótesis de sentencia definitiva que exige el art. 14 de la ley 48, por lo que correspondería, en mi opinión, rechazar el recurso interpuesto. Buenos Aires, 29 de junio de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes de Buenos Aires (TBA) y otro s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, mediante la sentencia obrante a fs. 887/894, dictada el 29 de diciembre de 2009, confirmó el pronunciamiento que el juez de primera instancia emitió el 23 de noviembre de 2006 y rechazó la acción de amparo promovida por el Defensor del Pueblo de la Nación contra Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA), concesionaria a cargo de los ramales que unen las Estaciones Once-Moreno y Retiro-José León Suárez, a fin de que preste el servicio de transporte ferroviario a los usuarios de esas líneas en forma digna y eficiente y que garantice el desplazamiento de personas con discapacidades, de acuerdo con lo establecido por el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional y la ley 24.314, de Accesibilidad de Personas con Movilidad Reducida y contra el Estado Nacional – Secretaría de Transporte para que ejecute los controles y acciones necesarias para que la codemandada cumpla debidamente con las obligaciones emergentes del contrato de concesión y que, una vez que se haga lugar al amparo, “...extreme los controles necesarios para garantizar el efectivo acatamiento de la sentencia dictada en autos” (presentación efectuada el 28 de julio de 2005, fs. 1/28).

La cámara fundó el rechazo de la acción promovida en la improcedencia formal de la vía procesal intentada por entender que la ilegalidad o arbitrariedad de las conductas cuestionadas no resultaba

manifiesta (artículo 43 de la Constitución Nacional), siendo necesaria una mayor amplitud de prueba y debate que la que permite el proceso de amparo. Sostuvo, a tenor de lo resuelto en primera instancia, que dentro de la órbita de la administración se encontraba en ejecución un plan de obras, que permitía considerar al “objeto sustancial del presente amparo concerniente al debido control de las concesiones y del cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario se encontraba, en principio, debidamente satisfecho” (fs. 891/891 vta.). Para ello hizo referencia a lo dispuesto por las resoluciones 115/02 y 94/04 de la Secretaría de Transporte y al régimen de emergencia establecido por el decreto 2075/02.

También remitió a lo sostenido en una decisión del mismo tribunal, según la cual “ninguna acción judicial puede tener por finalidad dar curso a un planteo que importe realizar una revisión integral de la prestación ni de la concesión del servicio de transporte ferroviario de pasajeros”.

Recordó que respecto de la prestación del servicio ferroviario se había declarado el estado de emergencia (decreto 2075/02) y que como consecuencia de ello se había implementado un “Programa de Emergencia de Obras y Trabajos para y de Prestación del Servicio”, sujeto a la aprobación de la autoridad de aplicación y programas específicos y planes de confort y seguridad (resoluciones M.P. n° 126/03, S.T. n° 94/04, n° 186/06; n° 905/08 y n° 76/09).

Finalmente, afirmó que como consecuencia de dichos planes “se han operado ciertas modificaciones tales como la incorporación de nuevo material rodante, con modernas unidades que cuentan con aire acondicionado y otras comodidades a fin de satisfacer algunas de las necesidades de los usuarios...”, y que “...lo cierto es que, a lo que a este proceso interesa, la situación imperante a la fecha del inicio de esta causa y en la actualidad, resulta notoriamente diversa” (fs. 892 vta.).

2°) Que contra esa decisión la actora interpuso el recurso extraordinario federal obrante a fs. 899/914, que, previo traslado contestado por la demandada Trenes de Buenos Aires a fs. 918/925 y por el Estado Nacional – Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a fs. 929/941, fue concedido por el a quo a fs. 943. El dictamen de la señora Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 29 de junio de 2011, corre agregado a fs. 950/952.

3°) Que en el recurso el Defensor del Pueblo sostuvo que la sentencia impugnada producía los siguientes agravios:

En primer término, estimó incorrecta la aplicación del artículo 43 de la Constitución Nacional, en lo relativo a la desestimación de la acción de amparo por no resultar la vía procesal idónea y necesitar de una mayor amplitud de prueba y debate. Sostuvo que ello ocurría debido a que en el trámite del proceso, prolongado por varios años, se había desarrollado una intensa actividad probatoria y, a pesar de ello, la decisión que rechazó el amparo ni siquiera precisó cuáles hubieran sido las pruebas necesarias para que la acción resultase procedente.

Aludió, en segundo lugar, a que la decisión recurrida vulneraba al artículo 43 de la Constitución Nacional al mantener un criterio de excepcionalidad de la acción de amparo que es discordante con la amplitud de la protección de derechos y garantías prevista en la citada norma constitucional.

Sostuvo, que la sentencia impugnada era lesiva de los derechos de los usuarios (artículo 42 de la Constitución Nacional) atento a que el servicio que se prestaba en el momento de dictar la sentencia no difería sustancialmente del que se daba en oportunidad de promover la demanda. En tal sentido, sostuvo que "...los pasajeros siguen viajando con graves deficiencias y riesgos a sus vidas, pues continúan colgados de los estribos, hacinados, con serios incumplimientos horarios, falta de seguridad, de sanitarios y de limpieza en las estaciones, además de ninguna previsión con relación a las personas con movilidad reducida...prueba de ello es la quema de una formación ocurrida en el año 2008" (fs. 914). Ello, añadió finalmente, no podía ser superado por la mera declaración de emergencia en el servicio ferroviario de pasajeros, ni por las sucesivas resoluciones dictadas como su consecuencia, que no hacían más que dilatar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las demandadas, cuyo resultado real era el déficit de prestación ya mencionado.

4°) Que si bien en sentido estricto el pronunciamiento recurrido no reviste el carácter de una sentencia definitiva (artículo 14 de la ley 48), el Tribunal en reiterada jurisprudencia ha expresado que la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando, como en este caso, lo decidido causa un agravio de muy dificultosa reparación ulterior (Fallos: 310:324; 312:1367; 327:2955, entre muchos otros).

5º) Que, por otra parte, los agravios del apelante justifican su examen por la vía del recurso extraordinario, pues si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la institución tutelada por el artículo 43 de la Constitución Nacional tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 320:1339 y 2711; 321:2823; 325:1744; y 329:899 y 4741).

Asimismo, la Corte ha sostenido que constituye un criterio en extremo formalista, que atenta contra la efectiva protección de los derechos que el amparo busca asegurar, la afirmación dogmática de que se requiere mayor debate y prueba, sin indicar en forma concreta cuáles son los elementos probatorios que no se pudieron utilizar, ni su incidencia para la resolución del caso (Fallos: 327:2955 y 329:899).

6º) Que a los fines de resolver la presente causa, corresponde destacar las siguientes circunstancias:

A) Que en la demanda la actora acompañó prueba documental; solicitó prueba de informes; ofreció la declaración de cuatro testigos; y pidió la realización de un reconocimiento judicial en las estaciones y ramales a cargo de la concesionaria, en el que se podía contar con la designación de un experto para que asista al juez en esa medida probatoria (fs. 26/27). Dicha solicitud no fue proveída.

B) Que la codemandada, Trenes de Buenos Aires, agregó a las actuaciones frondosa documentación y ofreció prueba informativa (fs. 381/382). Por su parte, el Estado Nacional acompañó la documental obrante a fs. 389/429.

C) Que a fs. 495 el magistrado de primera instancia dispuso varias medidas para mejor proveer, mediante las cuales se solicitaron informes a distintos organismos. Estos pedidos fueron contestados y agregados al expediente (ver fs. 500/543, 549/554, 561/574, 593/596, 618/636 y 638/777).

D) Que en varias ocasiones la actora solicitó que se proveyeran la prueba testimonial y la inspección ocular oportunamente ofrecidas

(fs. 499, 588, 600 y 777). La decisión de este pedido fue reiteradamente postergada por el juez (fs. 499 vta., 589 y 601) hasta que, finalmente, denegó la inspección ocular por resultar “innecesaria” (fs. 778).

A su vez, la codemandada, Trenes de Buenos Aires, requirió que se proveyera la prueba de informes ofrecida por su parte, lo que también fue denegado por el magistrado (fs. 781/781 vta.).

E) Que el 9 de mayo de 2007, una vez elevado el expediente a la Cámara, el Presidente de la Sala III dispuso la suspensión de los plazos procesales —que recién quedaron reanudados a partir del 29 de mayo de 2009—, sobre la base de la existencia de un expediente sustancialmente análogo que tramitaba ante el mismo tribunal, en el que se habían ordenado y producido medidas probatorias para mejor proveer (ver fs. 861 de la presente causa y fs. 3206 vta. del expediente “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN-Mº V E Inf-Sec. Transporte – Dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. Sumarísimo (art. 321, inc. 2º, CPCC)”).

De la prueba producida en la mencionada causa, corresponde destacar:

I- La pericia de fs. 1421/1506, presentada por el perito ingeniero especializado en ferrocarriles, en la que se expresó, en cuanto aquí interesa, lo siguiente:

Los coches originales de la línea Sarmiento “contaban con ventiladores, iluminación adecuada, música funcional, y asientos por demás confortables. Además de amplios furgones que históricamente sirvieron no sólo para las sillas de ruedas de los discapacitados sino también para llevar bicicletas. Después de la primer[a] reparación general (...) [que hizo TBA] y como consecuencia del análisis de mercado propios de la misma se cambiaron los asientos originales por las actuales e incómodas butacas que poseen estos coches (...) esta modificación, respondió a las directrices básicas siguientes: a) disminuir el costo de los asientos en la reparación, b) (...) aumentar la superficie libre de los coches para admitir más pasajeros parados, c) (...) disminuir el peso del vehículo para compensar el peso del mayor número de personas que cargaría el coche”.

“[E]l problema del Sarmiento no pasa por la falta de lugares don-

de tirar la basura o donde amarrar una silla de ruedas, sino que más bien porque los sufridos pasajeros de ese Ferrocarril simplemente no podrán utilizar el cesto de basura porque no podrán llegar a él, debido al hacinamiento en el que viajan, y quien ha viajado en esos trenes sabe que a una persona con capacidades físicas o requerimientos normales le es difícil subir y permanecer en el interior del tren; un discapacitado o una persona con capacidades diferentes simplemente le es imposible, no porque no tenga lugar para su silla de ruedas sino más bien, porque le será imposible acceder al interior del tren". "Resumiendo (...) lo que necesitan los pasajeros del Sarmiento son más coches o más metros cuadrados en cada coche de modo que su resignado y diario hacinamiento al viajar sea menor" (ver fs. 1504/1506).

II- Lo manifestado por el reconocimiento judicial llevado a cabo por el magistrado de primera instancia acerca de que los pasajeros de la línea Sarmiento, corredor eléctrico Once-Moreno, son sometidos a un "verdadero maltrato" dado que "los trenes que tuve que abordar (...) se encontraban sucios los vagones y rotos los asientos y los vidrios de las ventanas y puertas; aunque para ser más fiel con la realidad, en casi todos los coches faltaban completamente los vidrios de algunas ventanas y no habían sido repuestos (...) Los furgones se encontraban en todos los casos en deplorable estado" (fs. 1802 vta.).

III- Los informes presentados por el perito ingeniero ferroviario designado de oficio por la Cámara que confirman, en lo sustancial, las deficiencias del servicio señaladas en la pericia de fs. 1421/1506 antes mencionada (ver fs. 2993/2994, 3024/3033, 3144/3145, y 3183/3186).

7º) Que, teniendo en cuenta lo señalado, la decisión del a quo que rehusó dirimir los planteos propuestos en el marco del amparo constituye un exceso de rigor formal, en los términos de la jurisprudencia citada en el considerando 5º.

Ello es así, por una parte, porque los jueces no han tenido en cuenta la abundante actividad probatoria producida por las partes, que resulta claramente conducente para la decisión del fondo del asunto.

Por otra parte, pues no resulta razonable concluir que la cuestión en examen requiera de mayor debate y prueba, luego de haber dispuesto la suspensión de los plazos procesales por el transcurso de dos

años, con sustento en que existía un expediente análogo, en el que se habían ordenado medidas probatorias para mejor proveer (fs. 861).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el suscripto coincide con los considerandos 1° a 3° del voto que encabeza este pronunciamiento.

4°) Que el recurso extraordinario resulta admisible dado que la sustancia de los agravios conduce en definitiva a determinar el alcance de las garantías previstas en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional y la resolución dictada ha sido contraria a las pretensiones del recurrente (artículo 14, inc. 3° de la ley 48). En consecuencia, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto controvertido (Fallos: 329:3373, 3546 y 330:3758, 3764, entre muchos otros).

Si bien en sentido estricto el pronunciamiento recurrido no reviste el carácter de una sentencia definitiva (artículo 14 de la ley 48), ocasiona, conforme se verá *infra* un gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior (Fallos: 310:324; 312:1367 y 317:164).

5°) Que la Constitución Nacional, reformada en 1994, explícitamente reconoció en el Capítulo II de la Primera parte (“Nuevos derechos y garantías”) a los derechos de los usuarios de servicios

“...a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos...y a condiciones de trato equitativo y digno”. Como correlato de ese reconocimiento dispuso que “las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...al control de los monopolios naturales y legales, al (control) de la calidad y eficiencia de los servicios públicos...” (artículo 42).

Es claro que cuando el referido texto constitucional, al encomendarles esas funciones, habla de “autoridades”, (al igual que lo hace el encabezamiento de la Segunda parte de la Constitución “Autoridades de la Nación”), no solo alude al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, en sus respectivas competencias, sino que también, en idénticas condiciones, incluye a los jueces.

6°) Que, a continuación del reconocimiento de esos derechos y de la atribución de responsabilidades a las autoridades contenidas en dicha previsión, y en sentido concordante con lo allí dispuesto, el artículo 43 de la Constitución Nacional estableció que: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

La lectura de la norma transcrita en cuanto alude a “acción expedita y rápida”; “medio judicial” y “el juez”, no deja ninguna duda acerca de que el procedimiento allí establecido es de clara incumbencia del Poder Judicial.

En la misma línea está enrolado el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –con jerarquía constitucional, según lo establecido por el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional- que dispone “1. 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”.

Además, es oportuno tener presente que las normas transcritas desarrollan lo establecido por esta Corte en el caso “Siri”, donde, tras recordar que en opinión de Joaquín V. González, las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas y que cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación, manifestó que: “Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas” (Fallos: 239:459).

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional establece expresamente que la vía del amparo judicial extiende sus alcances a la protección de los derechos de los usuarios de servicios y consumidores.

7°) Que la forma republicana de gobierno (artículo 1° de la Constitución Nacional) y la vigencia del principio de división de poderes, que le es inherente, imponen la necesidad de armonizar el ejercicio de esa función judicial esencial con las atribuciones que incumben a otros poderes del Estado, a fin de asegurar su equilibrio y coexistencia.

Orientado claramente en ese sentido, el artículo 116 de la Constitución Nacional, al regular la competencia del Poder Judicial de Nación, dispone que la función jurisdiccional debe ejercerse dentro de una causa judicial lo que también puede inferirse a contrario cuando el texto constitucional, en el artículo 109, veda al Presidente de la Nación “...ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

La misma línea es la que guía al artículo 2° de la ley 27, cuando dispone que la justicia nacional “Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”.

También lo ha entendido así este Tribunal en numerosos precedentes (Fallos: 136:147; 156:318; 177:390; 186:97; 190:142; 193:115; 242:353; 243:176; 245:552; 303:893; 324:333, entre muchos otros).

A tal exigencia, destinada a preservar la armonía y el equilibrio entre los órganos que ejercen el poder del Estado, se une el requisito de que los magistrados deben ejercer su jurisdicción de acuerdo con las normas de procedimiento establecidas por el órgano legislativo, de conformidad con la competencia que le atribuye la Constitución (artículo 75, inc. 20). Tal potestad regulatoria —a fin de no desnaturalizar los derechos que la Constitución Nacional reconoce (artículo 28)— habrá de garantizar la igualdad entre las partes; la defensa en juicio de la persona y los derechos (“inviolable” según el artículo 18 de la Constitución Nacional) y la efectividad del pronunciamiento judicial que en el caso se adopte.

8°) Que en las condiciones reseñadas, de acuerdo con la interpretación de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional efectuada precedentemente, resulta inaceptable, en un proceso de las características del presente, que se haya descartado la vía del amparo con una argumentación meramente formal.

9°) Que, en efecto, no cabe exigir en este proceso una mayor amplitud de prueba y debate cuando surge de lo actuado que:

a) En la demanda la actora acompañó prueba documental, solicitó prueba de informes, ofreció la declaración de cuatro testigos y pidió la realización de un reconocimiento judicial en las estaciones y ramales a cargo de la concesionaria, en el cual se podía contar —si el magistrado lo decidía— con la designación de un experto para que asista al juez en esa medida probatoria (v. fs. 26/27).

Cabe destacar que entre la prueba solicitada incluyó un pedido de informes a la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas para que ponga en conocimiento del tribunal los estudios realizados con relación a la prestación del servicio ferroviario por parte de la demandada y las denuncias que hubiera recibido al respecto por parte de personas físicas u organizaciones.

Dicha solicitud no fue proveída.

b) La codemandada TBA agregó a las actuaciones frondosa documentación (obrante en 292 fojas) y solicitó prueba informativa (fs. 381 vta. y 382).

c) El codemandado Estado Nacional - Secretaría de Transporte agregó documentación en 42 fojas.

d) Toda la documentación aportada se puso en conocimiento de las partes, que tuvieron oportunidad de expedirse al respecto.

e) Tanto TBA como la Secretaría de Transporte, al presentar los informes previstos en el artículo 8° de la ley 16.986, solicitaron el rechazo de la demanda argumentando que el amparo no era la vía adecuada porque era necesaria una mayor amplitud de prueba y debate (informe de TBA, fs. 333/336 6vta. la Secretaría de Transporte a fs. 431 vta./433).

f) En dictamen de fecha 3 de noviembre de 2005 la Fiscal Federal, doctora Laura Labarthe, opinó que la acción debía desestimarse por idénticos motivos (fs. 493/494).

g) No obstante ello a fs. 495, por resolución del 30 de noviembre de 2005 el magistrado de primera instancia, sin perjuicio de tener presente lo manifestado, dispuso varias medidas de prueba informativa.

h) Librados los oficios respectivos, se recibieron los informes solicitados, que fueron agregados a las actuaciones (fs. 500/543; 549/554; 561/574; 593/596; 618/636 y 638/777) y se hicieron saber a las partes.

i) En varias ocasiones la actora solicitó que se proveyera la restante prueba ofrecida (fs. 499 —testifical y reconocimiento judicial—, reiterado a fs. 588; 600, 777 —reconocimiento judicial—), solicitudes cuya decisión fue postergada (fs. 499 vta., 589 y 601) hasta que fueron denegadas a fs. 778 “por innecesaria” —resolución del 26 de octubre de 2006—.

j) También la demandada TBA solicitó la realización de pruebas informativas (fs. 781), que fueron denegadas por el magistrado, que recordó que el llamado de autos para sentencia estaba firme y que “el suscripto determinó la prueba a producir a fs. 495”, (ver auto de fs. 781 vta.).

k) El amparo fue desestimado por la sentencia dictada en primera instancia. En ella se sostuvo que “si bien la ley de amparo no es exclu-

yente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta a aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación normativa...” (fs. 784) y que “...las circunstancias de la causa evidencian que no aparece nítida, en la especie, una lesión cierta o ineludible causada por la autoridad con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas...” (fs. 785/786).

l) Sustanciadas las apelaciones contra la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2006, el Presidente de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal afirmó que: “En esta Sala se encuentra en trámite el expediente n° 9.607/2001: ‘Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN – M° V E INF – SEC TRANSPORTE – Dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2 C.P.C.C.)’, venido a conocimiento del tribunal como consecuencia de las apelaciones interpuestas contra la sentencia definitiva dictada en esa causa, en la que se ha deducido una pretensión análoga a la que motivó el inicio de la presente en relación a las condiciones de ‘seguridad e higiene’ en las que se presta el servicio ferroviario a cargo de TBA. Teniendo en cuenta estas circunstancias y la conexidad existentes entre ambas pretensiones, como así también que en la referida causa se han ordenado medidas probatorias para mejor proveer a efectos que se informe respecto a la situación actual en la que se presta el servicio en la línea operada por la demandada, se suspenden —de conformidad con lo establecido por el artículo 157, in fine, del Código Procesal— los plazos procesales de la presente hasta tanto aquélla se encuentre en condiciones de resolver los recursos interpuestos contra la sentencia de primera instancia” fs. 861, providencia del 9 de mayo de 2007.

m) Reanudados los plazos procesales, el 29 de diciembre de 2009 fueron dictadas las sentencias en ambos expedientes, agregándose a fs. 865/886, una copia de la dictada en “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN – M° V E INF – SEC TRANSPORTE – Dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2 C.P.C.C.)”, a la que hace referencia el pronunciamiento recaído en estas actuaciones y que obra a fs. 887/894.

10) Que si cabía objetar lo resuelto en primera instancia, no es menos cuestionable la sentencia de la cámara, cuyo dictado se postergó por más de dos años en pos de contar con mayores elementos de juicio y terminó declarando que la vía intentada no era idónea.

Máxime cuando de las constancias del expediente mencionado resultaban probados con claridad algunos de los extremos expuestos en la demanda.

En efecto, examinadas dichas actuaciones, que la cámara tuvo a la vista, surge de ellas que:

D) la pericia de fs. 1421/1506 concluye que “el problema del Sarmiento no pasa por la falta de lugares donde tirar la basura ó donde amarrar una silla de ruedas, sino más bien porque los sufridos pasajeros de ese Ferrocarril simplemente no podrán utilizar el cesto de basura porque no podrán llegar a él, debido al hacinamiento en el que viajan, y quien ha viajado en esos trenes sabe que a una persona con capacidades físicas ó requerimientos normales, le es difícil subir y permanecer en el interior del tren, a un discapacitado ó una persona con capacidades diferentes simplemente le es imposible, no porque no tenga lugar para su silla de ruedas sino más bien, porque le será imposible acceder al interior del tren...lo que necesitan los pasajeros del Sarmiento son más coches o más metros cuadrados en cada coche de modo que su resignado y diario hacinamiento al viajar sea menor” (fs. 1505/1505 vta. informe presentado por el perito ingeniero Ricardo Carlos Obón el 6 de febrero de 2002).

II) el reconocimiento judicial, llevado a cabo por el juez de primera instancia a comienzos de septiembre de 2005, dio cuenta del “verdadero tratamiento secundario” -aclaró el magistrado que en la especie, la expresión equivalía a “maltrato”- al que “son sometidos actualmente los usuarios de la Línea Sarmiento en el corredor eléctrico Once-Moreno”. El juez observó que “se encontraban sucios los vagones y rotos los asientos y los vidrios de las ventanas y puertas...ninguno de los vagones contaba con aire acondicionado ni cestos para la basura, y los furgones se encontraban, en todos los casos, en deplorable estado...” (fs. 1802/1802 vta.).

III) los informes periciales presentados ante la cámara:

Uno de ellos, referido a una inspección efectuada el 11 de diciembre de 2007, en la línea Sarmiento, donde se examinaron diecisiete coches correspondientes a dos trenes, menciona que solo uno de ellos tenía un sector reservado para discapacitados con lugar para la silla de ruedas y ninguno tenía cesto para residuos y, sin perjuicio de otros

detalles relativos a la carencia de vidrios en las ventanillas y el funcionamiento de los ventiladores, añade textualmente "...se quiso mostrar a uno de los representantes de la CNRT un asiento rebatible para discapacitados y me quedé con el mismo en la mano" (fs. 3145).

Además, del cuadro obrante a fs. 2993/2994, referido a un muestreo de 133 coches surge que ninguno tiene aire acondicionado, solo dos coches contaban con un lugar especial para discapacitados, aclarando que "...el 80% sólo tiene un cartel para los discapacitados pero no quitaron asiento alguno para darles lugar; el resto ni siquiera tiene cartel...no tienen cestos...", informe del 10 de abril de 2007.

De otras constancias que existen en las actuaciones surge que, efectuados los muestreos respectivos, el 80% de los trenes que prestan servicio carecen de aire acondicionado (v. tablas de fs. 3184/3186, informe presentado el 13 de noviembre de 2008).

Si se tiene en cuenta las fechas de dichas manifestaciones es posible concluir que ellas ponían en evidencia la situación imperante en el momento en que la sentencia de cámara fue dictada, esto es a más de cuatro años de la iniciación del juicio y demuestran que tal situación —**en la que resulta ostensible la responsabilidad de las demandadas por el incumplimiento de las obligaciones que cada una de ellas tenía a su cargo**— distaba mucho del relato efectuado por el a quo al sostener que "...como consecuencia de los planes implementados luego de la declaración de emergencia, se han operado ciertas modificaciones tales como la incorporación de nuevo material rodante, con modernas unidades que cuentan con aire acondicionado y otras comodidades a fin de satisfacer algunas de las necesidades de los usuarios..." y que ello permitía sustentar la resolución desestimatoria (fs. 892 vta.).

11) Que a fin de rechazar la acción intentada se ha sostenido que la arbitrariedad e ilegalidad de la conducta lesiva de los demandados no resultaban manifiestas atento a la existencia de una situación de emergencia en materia de prestación de los servicios ferroviarios, declarada por el decreto 2075/2002, publicado en el Boletín Oficial el 17 de octubre de 2002.

A juicio del Tribunal y teniendo en cuenta las circunstancias del caso ya reseñadas, tal manifestación —vertida en términos genéri-

cos— no resulta idónea para quitar virtualidad a la garantía regulada por el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Sin que ello importe abrir juicio acerca de las causas que pudieron haber llevado a tal declaración, ni sobre las razones por las cuales persiste la situación de emergencia declarada, es de incumbencia del Poder Judicial examinar en el caso concreto, en qué medida los actos que se ponen en ejecución para remediar la emergencia declarada y los efectos que ellos provocan sobre los derechos y garantías que la Constitución Nacional —con emergencia o sin ella— reconoce a todos los habitantes del país.

Es oportuno recordar que este Tribunal sostuvo hace ya bastante tiempo que “...la regla básica del poder de policía de emergencia es que la medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarlos” (doctrina de Fallos: 313:1638).

En efecto, también ha dicho que “...para enfrentar conflictos de esa especie, el Estado puede valerse lícitamente de todos los medios que le permitan combatirlos con éxito y vencerlos. Sus poderes, desde luego, no son ilimitados y han de ser utilizados, siempre, dentro del marco del artículo 28 de la Constitución y bajo el control de jueces independientes, quienes, ante el riesgo al menos teórico de extralimitación de los órganos políticos del gobierno, tienen que desempeñar con ‘cuidadoso empeño’ su función de custodios de la libertad de las personas (Fallos: 243:467, voto de pág. 474, considerando 6°). La emergencia, se ha dicho con reiteración explicable, no crea potestades ajenas a la constitución pero sí permite ejercer con mayor hondura y rigor las que ésta contempla, llevándolas más allá de los límites que son propios de los tiempos de tranquilidad y sosiego” (Fallos: 313:1638).

Correlativamente, si la emergencia y sus efectos se prolongan en el tiempo, es necesario que el amparo mantenga incólumes su imperio y virtualidad, indispensables para asegurar la vigencia de la Constitución Nacional cuando es desconocida por aquella conducta —activa o remisa— que, en circunstancias críticas y bajo la pretensión de remediar una situación anormal, lesione, restrinja, altere o amenace “... derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley” (artículo 43 de la Constitución Nacional).

12) Que, en tales condiciones, debe declararse procedente el re-

curso extraordinario y revocar la sentencia que al rechazar la acción intentada merced a un argumento formal, negó la sustancia de los derechos que el artículo 42 de la Constitución Nacional reconoce y el artículo 43 garantiza.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse.

CARLOS S. FAYT.

Recurso extraordinario interpuesto por la Defensoría del Pueblo de la Nación, representada por el Dr. Daniel Bugallo Olano.

Traslado contestado por Trenes de Bs. As. S.A., representada por el Dr. Walter Andrés Iglesias; y por el Estado Nacional, representado por la Dra. Laura Y. Garavalli.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 3, Secretaría n° 2.

UNION DE USUARIOS Y CONSUMIDORES c/ EN M° V E
INF. SEC. TRANSPORTE DTO 104/01 Y OTROS s/ AMP. PROC.
SUMARISIMO ART. 321, INC. 2 CPCC

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la acción interpuesta por la Unión de Usuarios y Consumidores -en los términos del art. 55 de la Ley de Defensa del Consumidor- contra Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA), el Estado Nacional y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte ya que el art. 42 de la Constitución Nacional revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables y garantiza un estándar mínimo de calidad que todo servicio público debe cumplir -sin que las razones de emergencia puedan servir de fundamento para sacrificar los derechos del individuo en pos de la

supervivencia de las instituciones del gobierno- y el pronunciamiento recurrido se apartó, sin razones fundadas, de la abundante prueba producida en el expediente.

-El juez Fayt, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario era inadmisibles (art. 280 CPCCN)-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 3207/3228, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III), al revocar el pronunciamiento de primera instancia, rechazó la demanda entablada -en los términos del art. 55 de la Ley de Defensa del Consumidor- por Unión de Usuarios y Consumidores contra Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA), el Estado Nacional y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT) para que se declare la inconstitucionalidad del decreto 104/91 en cuanto aprobó el adjunto 4 del anexo III y el adjunto 2 del anexo VI de la adenda del contrato de concesión ferroviaria, por, contener cláusulas discriminatorias y disposiciones que establecen diferencias o desvalorización de un determinado sector de usuarios.

Para resolver de tal modo, los integrantes de la Cámara -con respecto a la sentencia del juez de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad de las mencionadas cláusulas-, entendieron que no se encontraba satisfecho el presupuesto atinente a la realización de un exhaustivo examen de las normas cuestionadas sobre el cual se pudiera concluir en la existencia de una notoria contradicción con el derecho constitucional invocado y que, por ende, habilitara a dicho magistrado a sostener que aquéllas contenían disposiciones discriminatorias o lesivas del derecho a la igualdad, por haberse establecido diferencias o desvalorizaciones de determinado grupo en función del nivel social o económico de los usuarios.

Así pues, resaltaron que tal declaración de inconstitucionalidad se efectuó con sustento en apreciaciones de carácter genérico sobre las disposiciones cuestionadas y en supuesta colisión con los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, sin contar con una base de convicción cierta y de aptitud suficiente para ello -tal como fue la simple conclusión de mayor demanda del servicio de la línea Sarmiento

con respecto a la línea Mitre, que se tomó como única pauta de valoración-, y sin reparar en las múltiples razones que pudieron inducir -en el marco del contrato de concesión- a la autoridad de aplicación a aprobar las citadas adendas.

En tales condiciones, concluyeron en que la sentencia de grado no contenía un pronunciamiento concreto por el que se pudiera considerar debidamente fundado el reproche constitucional formulado, ya que no se acreditó que mediante la norma cuestionada se hubiera configurado una manifiesta violación al derecho a la igualdad como consecuencia de una decisión que fue adoptada -en un momento determinado- para incorporar material rodante a una línea ferroviaria y en comparación con el servicio que brinda otra línea a cargo de la misma concesionaria.

Expusieron que en el marco del ejercicio de la función administrativa -que concluyó con el dictado del decreto 104/01- se llevó a cabo un proceso para adecuar los contratos de concesión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros de la región metropolitana de Buenos Aires a las nuevas necesidades percibidas en virtud de una demanda insatisfecha en calidad y cantidad de servicio prestado, para lo cual se tomó particularmente en cuenta -entre otros factores- que los contratos de concesión de servicios públicos son mutables por naturaleza y que la facultad de incluir modificaciones es una potestad de la Administración Pública cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de satisfacer en mejor forma los intereses públicos.

Destacaron también que el trámite de adecuación del contrato había sido sometido al procedimiento de Documento de Consulta -de acuerdo con las resoluciones ST 143 y 144 del 10 y 15 de noviembre de 2000-, permitiéndose así la participación de los órganos y sectores interesados -como de las asociaciones de usuarios-, quienes habían aportado sugerencias y requerimientos, los cuales a su vez fueron incorporados en aquellos aspectos que -según se estimó-, definían con mayor detalle y claridad los derechos y obligaciones de cada una de las partes e incidían, directamente, en una prestación de servicios más adecuada a las expectativas de la comunidad.

Por tales motivos, aseveraron que los criterios de evaluación técnica, tanto respecto de las obligaciones cuyo cumplimiento debe garantizar el concesionario, como en orden a las restantes condiciones en que debe prestarse el servicio comportaron el regular ejercicio de facultades discrecionales del Poder Ejecutivo, sin que las conclusiones del juez de primera instancia tuvieran virtualidad y sustento (tanto

fácticos, como técnicos y jurídicos) suficientes para demostrar la arbitrariedad e ilegitimidad de la decisión aprobatoria que la autoridad de aplicación había adoptado en la emergencia.

Entendieron que eran atendibles los agravios de los demandados en cuanto se había admitido en el pronunciamiento apelado la pretensión de la actora en torno a la existencia de una actitud violatoria del derecho a la igualdad y de discriminación en la prestación -en sí- del servicio ferroviario de la línea Sarmiento. Afirmaron, al respecto, que no cabía hablar de discriminación ni de agravio al principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, ya que ello sólo podría darse si a situaciones similares se las tratase de modo diverso y que, en el caso, ambas líneas estaban sujetas a características distintas, lo que imposibilita la igualdad en el servicio. Además -dijeron- en los supuestos en los cuales se habían admitido diferencias en orden al equipamiento de las respectivas líneas de transporte ferroviario, ellas respondían a extremos objetivos (de naturaleza fáctica, técnica, económica, concerniente al trazado, características, equipamientos y requerimientos -entre otros aspectos- de las líneas involucradas) debidamente comprobados y correctamente valorados por la autoridad de aplicación.

Advirtieron, asimismo, que se había dictado un entramado de actos por los cuales las autoridades administrativas regularon e implementaron todo el desarrollo del contrato de concesión y la prestación del servicio público, y que, con posterioridad al inicio de esta acción judicial, entablada el 17 de mayo de 2001 como consecuencia de la declaración de emergencia mediante el decreto 2075/02, se continuaron dictando actos administrativos.

Ponderaron en tal sentido que, debido a los planes implementados luego de esa declaración de emergencia, se habían operado ciertas modificaciones en el servicio de la línea Sarmiento, tales como la incorporación de nuevo material rodante con modernas unidades con aire acondicionado y otras comodidades a fin de satisfacer algunas de las necesidades de los usuarios, motivo por el cual la situación imperante a la fecha de inicio de esta causa y al momento de dictar la sentencia resultaba notoriamente diversa.

- II -

Disconforme, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 3237/3257, el cual fue concedido por cuestionarse la interpretación de los arts. 16 y 42 de la Constitución Nacional y desestimado por la causal

de arbitrariedad, sin que se interpusiera la pertinente queja. En ese sentido la jurisdicción del Tribunal ha quedado abierta en la medida que la concedió la Alzada.

Se agravia, en síntesis, porque en la sentencia: (i) se realizó una interpretación equivocada sobre el principio de uniformidad de la prestación de los servicios públicos y el derecho de los consumidores al trato equitativo, y sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación; (ii) no se efectuó el menor control sobre la razonabilidad del diferente tratamiento hacia uno y otro ramal, ni se evaluaron mínimamente las explicaciones brindadas para justificar dicha diferencia, acreditadas mediante fotografías, actas notariales, notas periodísticas, dictámenes periciales y reconocimientos judiciales, entre otros; (iii) no se examinaron las razones alegadas por las demandadas para justificar el tratamiento desigual; (iv) se omitió considerar la doctrina sobre el principio de no discriminación que resulta aplicable al sub lite y que conduce necesariamente a demostrar el carácter discriminatorio de la distinción en la prestación del servicio de trenes en detrimento de los usuarios del ramal Sarmiento que tienen “peor posición económica” a los del ramal Mitre; (v) se incurrió en contradicciones y en afirmaciones dogmáticas, se prescindió del informe pericial a la par que se interpretó erróneamente la prueba; (vi) no se esgrimió un solo argumento concreto e individualizado de las razones por las cuales se consideró que el juez de primera instancia había omitido efectuar un examen circunstanciado de los motivos que ameritaron en esa instancia a declarar la inconstitucionalidad de las adendas del contrato y de la práctica de proveer un peor servicio a los usuarios del ramal Once-Moreno en relación con el que se brinda a los usuarios del ramal Retiro-Tigre; (vii) se estimó, erróneamente, que las diferencias técnicas entre las condiciones del servicio de las líneas Mitre y Sarmiento sólo pueden ser formuladas por organismos especializados de la Administración y que, por su naturaleza, escapan al control jurídico, pues tal tarea es propia del órgano jurisdiccional; (viii) se prescindió de advertir que la adenda modifica el contrato de concesión y permite que el servicio de transporte ferroviario sea prestado en condiciones tales que lesiona el derecho de los usuarios de la línea Sarmiento, de recibir el servicio público en condiciones de uniformidad, en tanto sólo prevé incorporaciones de trenes Unidad Múltiple Argentina de Pasajeros (UMAP o PUMA) para la línea Mitre, profundizando de esa forma la brecha en la calidad del servicio existente; (ix) no se tuvo en cuenta otro hecho que hace que los adjuntos impugnados sean violatorios del derecho a la igualdad,

cual es el referido a la cantidad de pasajeros que viajan por vagón en cada una de las líneas, así como que en la adenda 2000 se falsean las proyecciones referentes a la cantidad de pasajeros esperados para ellas; (x) se omitió ponderar que en la demanda formuló precisiones respecto a la incorporación de nueva tecnología con coches PUMA y a las características de éstos, que habrían sido destinados en su totalidad al ramal eléctrico de la línea Mitre (Retiro-Tigre) y que -según la adenda 2000 al contrato de concesión- el resto de esas unidades también serían destinadas, al mismo ramal y (xi) se prescindió de tomar en que cuenta que ninguna incorporación de esa nueva tecnología se hallaba prevista para la línea Sarmiento y que todos los coches que han sido y serán sometidos al proceso de reconstrucción también se destinarían a la línea Mitre.

- III -

Ante todo, es mi parecer que el recurso extraordinario es inadmisibile y fue incorrectamente concedido por el a quo pues, si bien la apelante aduce que existe una cuestión federal en punto a la lesión al principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional y al de trato equitativo y digno del usuario previsto en su art. 42, por las razones que expondré, tales preceptos carecen de vinculación directa con la materia del pleito.

Así lo pienso, pues la solución del caso no dependía de la declaración de inconstitucionalidad de norma alguna sino de la apreciación de las pruebas y de los hechos de la causa. En efecto, basta recordar que todos los agravios de la actora se plantean en torno a la supuesta “práctica discriminatoria” que implica la prestación del servicio de trenes a los usuarios del ramal Sarmiento que tienen “peor posición económica” a los del ramal Mitre, o en no haberse tomado en cuenta la cantidad de pasajeros que viajan por vagón en cada una de las líneas, o bien en que en la adenda 2000 se falsean las proyecciones referentes a la cantidad de pasajeros esperados para aquéllas.

Es decir que no se verifica discrepancia de las partes sobre la ponderación de lo que dispone el decreto 104/91 a la luz del principio de igualdad establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional. Tampoco hay discordancia sobre la interpretación del art. 42 de la Constitución Nacional con relación a lo que debe entenderse por trato equitativo y digno sino que las discrepancias surgen sobre cuáles condiciones técnicas del servicio que resultan necesarias para alcanzar ese estándar establecido en la Constitución.

Desde esta perspectiva, a mi juicio, los agravios quedan ceñidos a controvertir, exclusivamente, la apreciación de los hechos de la causa y de las pruebas, tales, como fotografías, actas notariales, notas periodísticas, dictámenes periciales y reconocimientos judiciales allegados al expediente. 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 actora consintió la desestimación por el a quo de la arbitrariedad de la sentencia, sin que se dedujera la pertinente queja.

Aún cuando en la hipótesis de que el planteo implicara la revisión del contenido de las modificaciones del contrato de concesión introducidas por la autoridad administrativa en ejercicio de su potestad legítima -cuestión ajena, en principio, al examen de la Corte- ello solo no implica que tales modificaciones deban ser descalificadas por lesivas a principios constitucionales, cuando éstos no se hallen directamente afectados por disposiciones que no son manifiestamente inconstitucionales, en forma que imponga al Tribunal la necesidad de invalidar aquellas normas en salvaguarda de esos principios. Tanto más si se tiene presente que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal o reglamentaria que goza de presunción de legitimidad sólo puede ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable.

En efecto, la apelante se limita a considerar, en forma genérica, que la cámara efectuó una interpretación equivocada del principio de igualdad y no discriminación (arts. 16 de la Constitución Nacional, 1° y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2° y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros) al evaluar las distinciones de tratamiento en las condiciones en que se presta el servicio y las que surgen de la adenda aprobada por el decreto 104/01, en la medida en que se convalida una práctica discriminatoria en perjuicio de los usuarios del ramal Once-Moreno de la línea Sarmiento que tienen condición social desventajosa en relación con los usuarios del ramal Retiro-Tigre de la línea Mitre.

Sin embargo, la recurrente en la expresión de agravios sub examine, omite desarrollar el contenido de las disposiciones o cláusulas que de manera concreta afectan sus derechos constitucionales, motivo por el cual cabe entender que el recurso en este aspecto carece de la debida fundamentación necesaria para demostrar tal afectación. Ello es así, pues una escueta y genérica impugnación no basta para que la Corte Suprema ejerza en el caso la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que pueden enco-

mendarse a un tribunal de justicia y que constituye un acto de suma gravedad; que debe considerarse como ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 312:72 y 330:1036).

Por otra parte, me parece correcta la aseveración del a quo en el sentido de que no es posible desatender al entramado de actos en la que se engarza la cuestión sub examine, por los cuales las autoridades administrativas competentes han regulado e implementado el desarrollo y ejecución del contrato concesionado, así como que -con posterioridad al inicio de la demanda, del 17 de mayo de 2001- se han sucedido una serie de actos desde la modificación producida como consecuencia de la emergencia declarada por el decreto 2075/02. En ese marco, por ejemplo se dictaron las resoluciones 115/02 del Ministerio de la Producción (MP) -que aprobó las bases de los programas de emergencia de obras y trabajos indispensables para cada una de las empresas concesionarias de este servicio, que debían ejecutarse durante 2003, 2004 y 2005-; 298/03 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios -que aprobó la prórroga del régimen de contrataciones para regir las obras y los trabajos establecidos en el art. 2º de la resolución MP 115/02-; MP 126/03 -que articuló la emergencia ferroviaria con el sistema integrado ferroviario, previó un sistema de seguridad pública adicional de los programas de emergencia de prestación del servicio y planes de confort y seguridad de los programas de emergencia de prestación del servicio-; decreto 1683/05 y resoluciones 94/04, 905/08, 76/09 de la Secretaría de Transporte -que implementaron programas específicos de remodelación de estaciones y planes de confort y seguridad-, entre otros.

Se puede apreciar que se trata de un conjunto normativo complejo y de difícil aprehensión, que incluye medidas del Poder Ejecutivo y de los órganos técnicos que dependen de él, tomadas en momentos de emergencia, destinadas a superar una situación extremadamente complicada desde el punto de vista de la prestación en sí como desde la óptica económica-financiera que atravesaba el país. Por ello, y la necesidad de atender a las circunstancias existentes al momento de emitir el pronunciamiento (Fallos: 312:555; 315:123, entre muchos otros), no permite determinar la inconstitucionalidad del planteo inicial, en la medida en que la pretensión de la actora debe correlacionarse con las circunstancias sobrevinientes a su dictado -que modificaron el impacto de las primeras medidas- a fin de ponderar de modo objetivo y realista aquel planteo formulado.

Asimismo la grave tensión constitucional que señala la actora no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar,

sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del contrato de concesión. Tal como lo ha reiterado la Corte no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una norma derogatoria de otra implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que -en esta materia- tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: 329:3089; 330:4866). Ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos: 330:4866).

En efecto, el diseño del sistema de prestación del servicio elaborado por las autoridades competentes y las consecuencias directas que derivan de él responden a una valoración de carácter económico cuya apreciación y adopción corresponde a los otros poderes del Estado en virtud de sus altas facultades y constituyen enfoques de política técnica y económica cuya desventaja o acierto escapa a la consideración de los tribunales.

Esta conclusión se impone, toda vez que los poderes Legislativo y Ejecutivo son quienes tienen la atribución para sopesar la influencia de las concepciones referidas y las diferentes situaciones por las que atraviesa la sociedad y que se proyectan sobre la oportunidad, el mérito y la conveniencia para dotar con una determinada extensión y cualidad al sistema de servicios públicos, del que forma parte, también, el art. 42 de la Constitución Nacional.

Por tal razón, es menester recordar, con especial énfasis, que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos: 329:1675).

Lo precedentemente expuesto no implica colocar a los otros poderes del Estado fuera del control de los tribunales de justicia, que están encargados en todo momento de fiscalizar la sujeción de las leyes a los principios constitucionales, sino de mantener el imperio de las facultades propias de tales poderes que son indispensables para armonizar las garantías individuales con las conveniencias generales.

De admitirse por esta vía la revisión de la normativa como pretende el recurrente, se afectaría seriamente la política adoptada y los objetivos que tuvo en mira el Estado Nacional para concretar la privati-

zación de este servicio público, al desarticular, sin fundamento válido, la ecuación económico-financiera del contrato de concesión.

Así lo considero, toda vez que el principio de la presunción de constitucionalidad de las normas supone, naturalmente, la de su razonabilidad, al menos cuando juegan elementos de hecho. En consecuencia, la simple discrepancia del recurrente con el método escogido por el decreto 104/91 no basta para sustentar su inconstitucionalidad.

- IV -

Por las consideraciones que anteceden, opino que corresponde declarar inadmisibile el recurso extraordinario. Buenos Aires, 26 de septiembre de 2011. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de junio de 2014.

Vistos los autos: “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN – M° V E Inf. – Sec. Transporte – dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2°, CPCC)”.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar el pronunciamiento de primera instancia, rechazó la acción interpuesta por la Unión de Usuarios y Consumidores –en los términos del artículo 55 de la Ley de Defensa del Consumidor– contra Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA), el Estado Nacional y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte.

En su demanda, la actora solicitó que se condenara a la empresa TBA “a cesar en la práctica que viola el principio de uniformidad con que deben prestarse los servicios públicos (...) [así como el] principio constitucional que establece que los usuarios tienen derecho a un trato equitativo”. Aclaró que tal práctica “consiste en brindar —injustificadamente— un servicio de evidente peor calidad a los usuarios que utilizan el ramal eléctrico Once-Moreno, en relación a los usuarios que utilizan el ramal eléctrico Retiro-Tigre”.

Asimismo, reclamó que el Estado Nacional y la Comisión Nacional Reguladora del Transporte cumplieran “con su deber de controlar que el servicio público de ferrocarriles que brinda TBA se haga de conformidad a los preceptos de nuestra Constitución Nacional. Específicamente, que controle[n] que no se viole el principio de uniformidad con que deben prestarse los servicios públicos, y el derecho a la igualdad y a un trato equitativo de los usuarios de la línea eléctrica Sarmiento (Once-Moreno) en relación con los usuarios de la línea eléctrica Mitre (Retiro-Tigre)”.

Por otra parte, la actora requirió que se declarara “la inconstitucionalidad del Adjunto 4 del Anexo III y del Adjunto 2 del Anexo VI de la Addenda al Contrato de Concesión de los Grupos de Servicio 1 y 2 (ex Líneas Mitre y Sarmiento), aprobada por el Decreto 104/01, por contener las mismas previsiones repugnantes a preceptos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna, específicamente el derecho a la igualdad, a la uniformidad en los servicios públicos, a la no discriminación y a un trato equitativo [del] que deben gozar los usuarios de la línea eléctrica Sarmiento (Once-Moreno)” (fs. 4/4 vta.).

2º) Que, para decidir como lo hizo, el a quo sostuvo, fundamentalmente, que:

A) El reproche constitucional realizado respecto del decreto 104/01 no se encuentra debidamente fundado “ya que no se ha acreditado que mediante la norma en cuestión se encuentre configurada una manifiesta violación del derecho a la igualdad, como consecuencia de la decisión que ha sido adoptada —en un momento determinado— para incorporar material rodante a una línea ferroviaria, en razón de la comparación con la prestación del servicio que se lleva a cabo en otra que se encuentra a cargo de la misma concesionaria” (fs. 3223 vta.).

B) En cuanto a los agravios constitucionales relativos al principio de uniformidad y al trato equitativo de los usuarios en la prestación de servicios públicos, la Cámara señaló que debían ser examinados en “el contexto de la emergencia pública que ha sido declarada y, específicamente, que mediante el decreto 2075/2002, se declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios ferroviarios, entre ellos, el que se encuentra a cargo de TBA. Ello así (...) en razón de la incidencia directa e inmediata de la situación de las finanzas públicas del país sobre las concesiones de explotación de los servi-

cios ferroviarios de pasajeros (...), en la medida en que la señalada crisis fiscal afectaba tanto el cumplimiento de los planes de inversión en obras oportunamente acordados como la explotación del servicio, que se hallaban sujetos a determinados subsidios o aportes del Estado Nacional” (fs. 3224).

C) Asimismo, destacó que “como consecuencia de los planes implementados luego de la declaración de emergencia, se han operado ciertas modificaciones tales como la incorporación de nuevo material rodante, con modernas unidades que cuentan con aire acondicionado y otras comodidades a fin de satisfacer algunas de las necesidades de los usuarios. Si bien ello, claro está, no importa afirmar que el servicio se encuentre siendo prestado en condiciones óptimas ni totalmente adecuadas, lo cierto es que -en lo que a este proceso interesa- *la situación imperante a la fecha del inicio de esta causa y en la actualidad resulta notoriamente diversa*; habiéndose producido cambios significativos en relación con las cuestiones que fueron materia de la pretensión articulada en autos” (fs. 3225).

D) Que, por otra parte, no correspondía tener en cuenta las conclusiones de la prueba pericial producida en la causa -ordenada como medida para mejor proveer por la Cámara- (ver informe de fs. 2991/3033) dado que “en líneas generales, carece de utilidad para la decisión de la causa, pues además de haber ‘adherido’ el experto —en varios puntos de la pericia— a lo que ya había sido dictaminado por el perito que actuó en primera instancia (v. fs. 3027/3033); en cuanto a la situación actual (...) no aporta ningún elemento de convicción de relevancia”.

“En suma, si la pericia efectuada en esta instancia puede contribuir en alguna medida, ha sido en dejar plasmado —en autos— que se han operado cambios positivos en la prestación del servicio desde la fecha de inicio de esta demanda (hechos que, como se dijo, son de público conocimiento), pues las condiciones en las que se prestaba y actualmente se desarrolla el transporte ferroviario en la línea Sarmiento no sólo no es igual, sino que ha mejorado en determinados aspectos, que puntualmente han motivado el inicio de la presente causa (...) En este punto, es importante remarcar (...) [que las diferencias en la prestación del servicio entre las líneas Sarmiento y Mitre] no son elementos de convicción suficientes para concluir en la existencia de una conducta discriminatoria, ni para tener por probado que en la prestación del servicio se incurra en un tratamiento secundario de los

usuarios, como ha considerado el Juez de la instancia anterior” (fs. 3225 vta. y 3226).

E) Que, por lo demás, el a quo destacó que “las deficiencias que se apuntan sobre la falta de higiene y estado de los coches se presentan como resultados disvaliosos, que —en principio— no pueden sino ser considerados como un producto de un conjunto de concausas que los determinan. Y, en este punto, tampoco se puede dejar de admitir, como hechos coadyuvantes, la existencia de mayor cantidad de roturas de vidrios y de falta de cuidado de las unidades [de la línea Sarmiento] (...) como consecuencia de los frecuentes actos vandálicos” (fs. 3227).

F) Que, finalmente, señaló que “esta causa judicial no es el ámbito adecuado para instrumentar una revisión sobre la forma en la que se efectúa la explotación y cumplimiento de la prestación que ha sido otorgada a la codemandada Trenes de Buenos Aires S.A. (...) [lo que] no importa descartar que, mediante la implementación de vías pertinentes, se pueda instar a que se cumpla con el mantenimiento adecuado de las unidades, la prevención de los actos vandálicos y, en definitiva, la mejora de la calidad del servicio, a fin de que todos los ciudadanos podamos acceder a un servicio de transporte de pasajeros digno” (fs. 3227/3227 vta.).

3º) Que, contra dicho fallo, la actora dedujo recurso extraordinario federal, que fue concedido en cuanto a la interpretación de los artículos 16 y 42 de la Constitución Nacional, y denegado en lo relativo a la causal de arbitrariedad.

4º) Que, en su apelación, la actora sostiene que la Cámara realizó una “interpretación equivocada sobre el principio de uniformidad en la prestación de los servicios públicos y el derecho de los consumidores al trato equitativo, y sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación”, consagrados en los artículos 16 y 42 de la Constitución Nacional (fs. 3244 vta.). Asimismo, señala que el pronunciamiento incurre en distintas causales de arbitrariedad de sentencia.

En tal sentido, alega que:

A) “La ligereza con la [que] estos principios constitucionales han sido interpretados por los camaristas no deja de sorprender a esta

parte. El principio de igualdad y no discriminación y su versión aún más particularizada en el caso que nos ocupa, principio de uniformidad, han evolucionado (...) **El absurdo criterio de la sentencia bajo examen conduce a negar la justiciabilidad de toda práctica diferencial y discriminatoria entre usuarios/as de servicios públicos**, en tanto se considera que debido a las cuestiones técnicas que estos servicios necesariamente involucran se está frente al ejercicio de facultades discrecionales que se encuentran exentas de la revisión judicial” (fs. 3247 vta.).

Asimismo, “**la Cámara confunde por completo el objeto del litigio**. La crisis [derivada de la emergencia pública] nada tiene que ver con esta causa (...) En este caso no se trata de analizar cada contingencia de la prestación del servicio ferroviario, y tampoco corresponde que el juez evalúe la razón de la suspensión de las obras. En este juicio se trata de analizar si efectivamente en las líneas Mitre y Sarmiento existe violación al principio de igualdad y de uniformidad en la prestación de los servicios públicos” (fs. 3249).

B) En la causa quedó suficientemente acreditado que los “usuarios del ramal Once-Moreno de la Línea Sarmiento no gozan de las comodidades e innovaciones tecnológicas que disfrutaban los usuarios del ramal Retiro-Tigre de la Línea Mitre. Esta diferencia en la calidad del servicio prestada por la demandada se pone de manifiesto en distintos aspectos (...) [entre ellos]: 1) viajan en condiciones de seguridad y confort muy inferiores a las de los usuarios/as de la Línea Mitre debido (...) a las condiciones de hacinamiento que sufren en horas pico (...); 2) ausencia de condiciones de accesibilidad adecuadas para personas con discapacidad, en contraste con las de los trenes (...) que corren por las vías del ramal Retiro-Tigre; 3) la cantidad de pasajeros transportados por coche y la cantidad de oferta diaria de servicios (...) ofrecida por la empresa en cada uno de los ramales no responde a la diferente demanda”.

Concretamente, “respecto de la **seguridad** (...) los trenes de la línea Sarmiento (...) no cuentan con sistemas de seguridad que impidan que el tren arranque con sus puertas abiertas, o si los tienen no los activan, lo que hace que los pasajeros que no entran en el vagón —por estar colmada su capacidad— viajen colgados” (fs. 3240 vta. y 3241 vta.).

C) Al decidir como lo hizo, el a quo no tuvo en cuenta “que las pruebas colectadas (entre las que se destacan la prueba pericial de primera instancia, los expedientes administrativos solicitados, las fotografías, el reconocimiento judicial y las actas notariales) y la sentencia de la etapa anterior realizan un pormenorizado análisis de la situación entre unos y otros [usuarios] para determinar si se ha producido una vulneración al derecho de igualdad y al derecho a un trato equitativo” (fs. 3252).

Contrariamente a lo afirmado por la Cámara, “el dictamen pericial en el que se apoyó la decisión de primera instancia se encuentra sólidamente fundado, es completo, claro, preciso, coherente, y evalúa en forma detallada, profunda y exhaustiva cada uno de los aspectos sometidos a examen” (fs. 3253).

A su vez, “la Cámara consideró que era necesaria la realización de una segunda pericia. Tal pericia condujo a idéntica conclusión que la (...) de primera instancia, y en ella se realizan muchas remisiones a aquel fundado dictamen. Sin embargo, **a pesar de que los sentenciantes consideraron que el nuevo informe técnico carecía de utilidad para la decisión de la causa, y no aportaba ningún elemento de convicción de relevancia, decidieron arbitrariamente revocar el decisorio del juez de primera instancia, sin sustento técnico de ninguna clase**” (fs. 3255).

D) “La Cámara pretende sustentar la decisión en dos hechos que considera arbitrariamente como de ‘público y notorio conocimiento’. Al respecto, se señala que *‘tampoco se puede dejar de admitir, como hechos coadyuvantes, la existencia de mayor cantidad de roturas de vidrios y de falta de cuidado de las unidades de esa línea [Sarmiento] como consecuencia de los frecuentes actos vandálicos’*. A su vez (...) se indica que *‘las condiciones en que se prestaba y actualmente se desarrolla el transporte de la línea Sarmiento no sólo no es igual, sino que ha mejorado en determinados aspectos, que puntualmente han motivado el inicio de la presente causa’*”.

“Tales afirmaciones no se apoyan en ningún tipo de prueba obrante en la causa, y de la lectura de tales apreciaciones ni siquiera logra comprenderse qué modificaciones considera arbitrariamente la Cámara que tuvieron lugar en el servicio recibido por los usuarios/as del ramal Once-Moreno de la línea Sarmiento” (fs. 3255 vta.).

E) Finalmente, en otro orden de ideas, el decreto 104/01 resulta inconstitucional porque solo ha previsto la incorporación de nueva tecnología para la Línea Mitre, sin considerar, en forma equitativa, a los usuarios que viajan en la Línea Sarmiento.

5°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, pues se encuentra en juego la interpretación de normas de naturaleza federal (artículos 16 y 42 de la Constitución Nacional) y la decisión adoptada es contraria a la pretensión de la recurrente que se fundó en ellas (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

No obsta a tal conclusión el hecho de que la apelación haya sido rechazada en lo atinente a la causal de arbitrariedad porque, en este caso, la determinación de la inteligencia de las normas de naturaleza federal se encuentra inescindiblemente unida a la ponderación de las cuestiones fácticas y probatorias discutidas en el pleito. En tales condiciones, corresponde que la Corte atienda los agravios de la recurrente con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 307:493; 323:1048; 328:1472).

6°) Que, previamente a abordar los agravios traídos a conocimiento del Tribunal, resulta pertinente señalar dos cuestiones.

La primera de ellas es que, como se ha señalado desde antiguo, la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, toda vez que es el Judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance en desmedro de otras facultades revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos: 155:248; 254:43; 311:2580; 319:1537; 321:1187; 324:2315; entre otros). Esto último sucedería si los jueces —tal como lo ha hecho el magistrado de primera instancia— pretenden sustituir a la Administración en sus atribuciones para decidir el modo más oportuno o conveniente de cumplir sus obligaciones constitucionales; o bien deciden modificar el contenido de las cláusulas del contrato de concesión que liga a las partes.

La segunda es que debe seguirse “la tradicional regla con arreglo a la cual los jueces —en el cumplimiento de su misión constitucional de discurrir los conflictos litigiosos— tienen el deber de examinar au-

tónomamente la realidad fáctica subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen. Atribución que por ser propia y privativa de la función jurisdiccional lleva a prescindir de los fundamentos y calificaciones normativas que postulan las partes (...) que encuentra su único límite en el respeto al principio de congruencia, de raigambre constitucional, en cuanto invalida todo pronunciamiento que altere la *causa petendi* o introduzca planteos o defensas no invocados” (Fallos: 310:1536 y 2733; 313:915; 329:349, 3517 y 4372; entre otros). En un orden afín de consideraciones, se ha sostenido que es propio de la labor de los jueces calificar las pretensiones de los justiciables (Fallos: 297:485 y 300:1074), y que aquéllos no están obligados a seguir a las partes en la consideración de todos y cada uno de los agravios expresados, sino a atender los que estimaren conducentes para resolver la cuestión debatida (Fallos: 300:522; 301:602; 302:1191; 311:340).

7°) Que, aclarados los aspectos precedentes, cabe destacar que si bien el apelante —sobre la base de reiteradas comparaciones entre las Líneas Sarmiento y Mitre— ha planteado la existencia de un trato desigual y discriminatorio, también -con sustento en el artículo 42 de la Constitución Nacional- se ha agraviado del incumplimiento de condiciones mínimas de seguridad y trato digno respecto de los usuarios de la Línea Sarmiento (ver en especial fs. 3241 vta., 3249 y 3257 *in fine*). A este último aspecto, ha de ceñirse la decisión del Tribunal.

8°) Que el artículo 42 de la Constitución Nacional, en su parte pertinente, establece: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; (...) y a condiciones de trato equitativo y digno”.

Dicha cláusula, cabe destacar, revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables (Fallos: 331:819), y garantiza un estándar mínimo de calidad que todo servicio público debe cumplir.

Al respecto, el Tribunal ha sostenido que “quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones (...) [en las que] están en juego tanto la vida como la integridad física de las

personas (...) No se cumple con ello cuando los servicios son atrasados, descuidados, deteriorados, insuficientes, o presentan un estado lamentable porque la Constitución no consiente interpretaciones que transformen a los derechos en meras declaraciones con un resultado trágico para los ciudadanos” (Fallos: 329:4741, voto del juez Lorenzetti).

También ha señalado que “la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios públicos a brindarles un trato digno a los [usuarios y] consumidores (artículo 42, Constitución Nacional) (...) [y que] el trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que éste sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores (...) Ello incluye las diligencias mínimas para que el tren, una vez en marcha, circule con las puertas correctamente cerradas, (...) para evitar que viajen pasajeros ubicados en lugares peligrosos para la seguridad del transporte, (...) la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física, y para que viaje de un modo razonablemente cómodo” (Fallos: 333:203 y su cita).

Por último, respecto al deber constitucional de seguridad en el transporte de pasajeros, ha expresado que se trata de “un valor que debe guiar la conducta del Estado, así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente, se vinculen con la vida o la salud de las personas (...) [y que] obliga a los prestadores de servicios públicos [a] desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe (...) la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos” (Fallos: 331:819).

9º) Que, a partir de lo expuesto, asiste razón al apelante en cuanto aduce que, aunque se invoque la existencia de un estado de emergencia pública o se alegue que se trata de cuestiones técnicas —ajenas, como principio, a la revisión judicial—, ello no autoriza a avalar el incumplimiento del estándar mínimo constitucional al que se ha hecho referencia precedentemente.

En particular, corresponde recordar que si bien la emergencia puede autorizar ciertas restricciones de derechos individuales, ello nunca justifica la desnaturalización o supresión de su sustancia; ni la autoridad estatal puede válidamente trasponer el límite que señala el

artículo 28 de la Constitución Nacional y preterir su inexcusable rol como gestor del bien común (Fallos: 316:779 y 325:28).

Es que, el estado de derecho, es necesariamente un estado de poderes limitados, en el que las razones de emergencia mal pueden servir de fundamento para sacrificar los derechos del individuo en pos de la supervivencia de las instituciones del gobierno, creadas y enderezadas a garantizar la supervivencia del primero.

10) Que, además, el pronunciamiento recurrido también exhibe los vicios de arbitrariedad que el apelante le endilga.

Por una parte, porque al concluir que “se han operado cambios positivos en la prestación del servicio desde la fecha de inicio de esta demanda (...) [pues] no sólo no es igual, sino que ha mejorado en determinados aspectos, que puntualmente han motivado el inicio de la presente causa”, el a quo se apartó, sin razones fundadas, de la abundante prueba producida en el expediente.

En efecto, la pericia de fs. 1421/1506 da cuenta de los siguientes aspectos, que resultaban conducentes para la solución del caso:

A) En el ramal Once-Moreno de la Línea Sarmiento “desde octubre de 1999 comienza a marcarse una tendencia decreciente en los índices de calidad, en tanto que los mismos se mantienen prácticamente constantes en Retiro-Tigre” (fs. 1434).

B) “TBA opera actualmente su servicio debajo de lo previsto en la contratación en lo que hace al número de coches por tren y al número máximo de pasajeros por metro cuadrado en hora pico. Tampoco es cierto que TBA esté operando en su nivel óptimo (...); situación [que] se ve magnificada en el ramal Once-Moreno (...) [en el que] no solamente los índices han decaído mucho más notoriamente que en el ramal Retiro-Tigre sino que además nunca se alcanzaron los valores previstos” (fs. 1491).

C) Los coches originales de la línea Sarmiento “contaban con ventiladores, iluminación adecuada, música funcional, y asientos por demás confortables. Además de amplios furgones que históricamente sirvieron no sólo para las sillas de ruedas de los discapacitados sino

también para llevar bicicletas. Después de la primer[a] reparación general (...) [que hizo TBA] y como consecuencia del análisis de mercado propios de la misma se cambiaron los asientos originales por las actuales e incómodas butacas que poseen estos coches (...) esta modificación, respondió a las directrices básicas siguientes: a) disminuir el costo de los asientos en la reparación, b) (...) aumentar la superficie libre de los coches para admitir más pasajeros parados, c) (...) disminuir el peso del vehículo para compensar el peso del mayor número de personas que cargaría el coche”.

D) Según lo expuso el perito, “el problema del Sarmiento no pasa por la falta de lugares donde tirar la basura o donde amarrar una silla de ruedas, sino que más bien porque los sufridos pasajeros de ese Ferrocarril simplemente no podrán utilizar el cesto de basura porque no podrán llegar a él, debido al hacinamiento en el que viajan, y quien ha viajado en esos trenes sabe que a una persona con capacidades físicas o requerimientos normales le es difícil subir y permanecer en el interior del tren, a un discapacitado o una persona con capacidades diferentes simplemente le es imposible, no porque no tenga lugar para su silla de ruedas sino más bien, porque le será imposible acceder al interior del tren”. “Resumiendo (...) lo que necesitan los pasajeros del Sarmiento son más coches o más metros cuadrados en cada coche de modo que su resignado y diario hacinamiento al viajar sea menor” (ver fs. 1504/1506).

E) No existen impedimentos técnicos para justificar, tal como lo pretende hacer TBA, la incorporación de coches con nueva tecnología a la Línea Sarmiento (fs. 1494).

Por otra parte, según lo expresado por el magistrado de primera instancia en el reconocimiento judicial que realizó, en los trenes de la Línea Sarmiento “que tuve que abordar (...) [se] encontraban sucios los vagones y rotos los asientos y los vidrios de las ventanas y puertas; aunque, para ser más fiel con la realidad, en casi todos los coches faltaban completamente los vidrios de algunas ventanas y no habían sido repuestos. Desde luego, ninguno de los vagones contaba con aire acondicionado, ni cestos para la basura, y los furgones se encontraban, en todos los casos, en deplorable estado” (fs. 1802 vta./1803).

Finalmente, según la nueva prueba pericial ordenada por la Cámara como medida para mejor proveer, en lo sustancial, resultaron

confirmadas las deficiencias del servicio señaladas en el informe del experto de fs. 1421/1506 antes mencionado (ver fs. 2993/2994, 3024/3033, 3144/3145 y 3183/3186).

11) Que, en las condiciones antes referidas, la decisión de la Cámara no cumple con los recaudos que debe reunir un acto jurisdiccional, por dos órdenes de razones distintas.

En primer término, porque si bien en nuestro sistema la prueba pericial no reviste el carácter de prueba legal, puesto que el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que aquél haya llegado, en tanto no adolezcan de errores manifiestos, o no resulten contrariados por otra probanza de igual o parejo tenor. En tales condiciones, “no parece coherente con la naturaleza del discurso judicial apartarse [del consejo experto] sin motivo y, menos aún, abstenerse de ese aporte” (Fallos: 331:2109).

En segundo término, pues la motivación de toda sentencia “ha de construirse siempre desde el material fáctico propuesto y acreditado por las partes, desde la mejor solución que ofrezca el ordenamiento jurídico y desde fundamentos engarzados con propiedad lógica” (Fallos: 331:2109, antes citado).

12) Que, sin perjuicio de que lo expuesto resulta suficiente para la solución del caso, corresponde señalar que el agravio relativo a la inconstitucionalidad del decreto 104/01 es infundado.

En efecto, el apelante se limita a señalar que la norma previó la incorporación de nueva tecnología en la Línea Mitre, y no así en la Línea Sarmiento; alegación que, por sí sola, resulta insuficiente para acreditar la violación del principio de trato equitativo invocada.

Al respecto, esta Corte tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del ordenamiento jurídico (Fallos: 300:241, 1087; 302:457, 484, 1149; entre otros); y el lógico corolario de este principio, es que “un planteo de esta índole debe contener un sólido desarrollo argumental y contar con no menos sólidos fundamen-

tos para que pueda ser atendido” (Fallos: 305:518; en igual sentido Fallos: 327:1899).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado en los considerandos precedentes. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el recurso extraordinario interpuesto es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo desestima. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS S. FAYT.

Recurso extraordinario interpuesto por **Unión de Usuarios y Consumidores**, representada por el **Dr. Horacio Luis Bersten**.

Traslado contestado por: a) **Estado Nacional – Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios**, representado por el **Dr. Alejandro Enrique Scarano**, b) **Comisión Nacional de Regulación del Transporte**, representada por los **Dres. Christian Marcelo Dominique y Daniel Sletean** y c) **Trenes de Buenos Aires S.A.**, representada por el **Dr. Walter Andrés Iglesias**.

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

Tribunal de origen: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 1**.

JULIO

JOHNSON DIVERSEY DE ARGENTINA S.A. c/ BUENOS
AIRES, PROVINCIA DE S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE
INCONSTITUCIONALIDAD

DOBLE INSTANCIA

Corresponde revocar la sentencia de cámara que desestimó la queja por la denegación del recurso de apelación intentado contra la sentencia de primera instancia que confirmó la resolución del Ministerio del Interior que ordenó la expulsión del recurrente del país, por considerar que el remedio judicial previsto en el título VI de la ley 25.871 permitía la revisión de lo actuado en sede administrativa en una única instancia jurisdiccional si el ordenamiento no contiene una norma expresamente restrictiva que impida a la cámara conocer, como natural tribunal de la alzada, respecto de las sentencias definitivas dictadas por los jueces de primera instancia que llevan a cabo originariamente el control judicial sobre los actos jurisdiccionales cumplidos por la administración en el marco del citado ordenamiento (art. 84).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 649/664 Johnsondiversey, en su carácter de elaborador y comercializador de “productos domisanitarios”, promueve la acción prevista en el art. 322 del Código del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto local 321/87 y de las normas que con posterioridad lo modificaron, por resultar contrarias a lo establecido en las resoluciones del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación 708/98 y 709/98 y las disposiciones 25/96 y 27/96 del Grupo Mercado Común del Mercosur.

Manifiesta que sus productos y artículos se encuentran habilitados y registrados ante la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT), creada por el decreto del PEN 1490/92, quien le ha otorgado la autorización para efectuar la comercialización en todo el país, en cumplimiento del régimen establecido por dos resoluciones del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación: la 708/98 que estableció el Registro Nacional de Establecimientos Domisanitarios y la 709/98 que creó el Registro Nacional de Productos Domisanitarios, y sus normas reglamentarias y complementarias, cuya organización y funcionamiento está a cargo de la ANMAT.

Cuestiona el mencionado decreto provincial en cuanto somete a toda persona física y jurídica, que de manera permanente o circunstancial, directa o indirectamente, elabore, fraccione, conserve, transporte, expida, exponga o manipule en cualquier otro carácter, productos de uso doméstico, industriales y de tocador, con destino inmediato al consumo público (art. 1°), al régimen de inscripción, aprobación, fiscalización y control del Ministerio de Salud de la provincia.

Sostiene que la Provincia de Buenos Aires se arrogó funciones que competen a las autoridades nacionales, en tanto el sistema provincial incluye a todos los productos domisanitarios.

Agrega que las autoridades provinciales, con fundamento en el citado decreto, contradicen y transgreden la normativa de índole nacional, desconocen los registros que efectúa la empresa ante la ANMAT que habilitan la circulación de productos dominisanitarios por todo el territorio de la República, y le imponen en forma arbitraria e ilegítima un nuevo registro ante la Dirección del Laboratorio Central de Salud Pública del Ministerio de Salud Pública y Acción Social bonaerense, que se traducen en perjuicios económicos, operativos y administrativos.

En virtud de lo expuesto, solicitan la concesión de una medida cautelar por la cual se ordene la suspensión del decreto impugnado hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estas actuaciones.

-II-

A fs. 667/668, V.E. declaró que la causa correspondía a su competencia originaria, de conformidad con el dictamen de este Ministerio Público de fs. 666, ordenó la medida cautelar de prohibición de innovar solicitada y corrió traslado de la demanda.

-III-

A fs. 688/693, la Provincia de Buenos Aires contestó demanda y solicitó su rechazo.

En primer lugar, afirmó que la pretensión no configura un “caso” judicial, puesto que no existe un estado de incertidumbre, ni un acto concreto del Poder Administrador que afecte de modo directo, actual y suficiente los derechos constitucionales que se dicen vulnerados.

En cuanto al fondo de la cuestión, adujo que las normas locales que pretende impugnar la actora tiende a tutelar la salud pública e individual de los habitantes de la provincia, por lo que han sido dictadas en el ámbito de su competencia constitucional referida al poder de policía de salubridad que por principio le corresponde ejercer dentro de su jurisdicción territorial (arts. 121 y siguientes de la Constitución Nacional).

En consecuencia, sostuvo que se trata de facultades concurrentes de la provincia con las atribuidas a la Nación, que no se aplican sobre los productos destinados al comercio interprovincial y, por lo tanto, no pueden ser tachadas de incompatibles. Señala que resulta arbitrario confundir, como lo hace la actora, una eventual yuxtaposición regulatoria con una incompatibilidad directa e insalvable de dos normas que no existe en el caso.

-IV-

Sentado lo anterior, resulta primordial destacar que V.E., a mi juicio, mantiene su competencia originaria para entender en este proceso, a tenor de las consideraciones efectuadas por este Ministerio Público en el dictamen de fs. 666, que fue compartido por el Tribunal a fs. 667/668, como así también de acuerdo a la doctrina sentada en Fallos: 318:1077; 321:1705 y 323:1705.

-V-

Ante todo, considero que corresponde examinar si se encuentran reunidos los presupuestos para la admisibilidad formal de la acción declarativa articulada. De conformidad con los precedentes de la Corte en la materia, la acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un “caso”, ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa.

En efecto, la acción debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes -al que se atribuye ilegitimidad y lesión

al régimen constitucional federal- y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos: 307:1379; 310: 606; 311:421).

En tal sentido V.E., al igual que, en algún caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, para considerar configurado un caso que pueda ser resuelto por el Poder Judicial de la Nación ha exigido: a) actividad administrativa que afecte un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo; c) que aquella actividad tenga concreción bastante (*in re*: “Aetna Life Insurance Co. v. Havorth, 300 U.S. 227”, recordado por este Tribunal en Fallos: 307:1379).

Sobre la base de tales criterios, entiendo que en autos dichos requisitos no se cumplen en la medida en que no ha existido actividad alguna que haya puesto en tela de juicio el derecho que se dice vulnerado ni se ha afectado el interés que se invoca; no median actos, concretos o en ciernes del poder administrador local. Por lo tanto, no resultan en este pleito demostrados los extremos referidos, en particular la lesión o amenaza que pudiera afectar en grado suficientemente concreto el derecho de Johnsondiversey de Argentina S.A.

Ello así, pues la documentación aportada como prueba se refiere exclusivamente a certificados de inscripción nacional de “productos domisanitarios” emitidos por la ANMAT y recibos de pago de aranceles voluntarios emitidos por la Dirección del Laboratorio Central del Ministerio de Salud Pública y Acción Social del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, que no contribuyen a demostrar ninguna actividad actual del poder administrador provincial tendiente a exigirle a Jhonsondiversey el cumplimiento de lo prescripto en el decreto local 321/87 ni que, por ende, ponga en peligro el derecho que se intenta ejercer, por ello no existe ningún interés actual y legítimo en la actora respecto de la pretensión que contiene su demanda.

Tiene dicho V.E. (Fallos: 322:678) que “el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución se define, de acuerdo con una invariable interpretación -que el Congreso argentino y la jurisprudencia de este Tribunal han recibido de la doctrina constitucional de los Estados Unidos- como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2 de la ley 27; es decir, aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas. Por ello no se está en presencia de una ‘causa’ cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (doctrina de Fallos: 12:372; 24:248; 95: 290; 107:179; 115:163; 156:318; 243:176, entre muchos otros).”.

A mi modo de ver, la cuestión en examen no puede ser asimilada al supuesto de “casos contenciosos”, previsto en el art. 2 de la ley 27 citada, los únicos en los que los tribunales federales pueden ejercer su jurisdicción, ya que la descripción efectuada impide concluir que en autos se esté en presencia de una controversia actual y concreta (Fallos: 311:421, considerando tercero), que autorice a calificarlo como tal. Las diversas pretensiones y argumentaciones planteadas por la actora permiten señalar que se excedería la función encomendada al Tribunal si se diese trámite a esta demanda toda vez que su examen, sin acto alguno del poder administrador local que lo justifique, exigiría que V.E. emita un pronunciamiento de carácter teórico, función que, sin los presupuestos necesarios e inevitables ya señalados, le está vedado ejercer.

Por tales razones, al no mediar en autos actos concretos o en cierres de la autoridad provincial que demuestren la afectación del derecho que se ejerce, la impugnación constitucional del decreto provincial 312/87 alegada por la actora resulta conjetural e hipotética.

-VI-

Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la demanda. Buenos Aires, 29 de mayo de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de julio de 2014.

Vistos los autos: “Johnsondiversey de Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de los que

Resulta:

D) A fs. 649/664 Johnsondiversey de Argentina S.A., en su carácter de elaborador y comercializador de “productos domisanitarios”, promueve la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto local 321/87 y de las normas que con posterioridad lo modificaron, por resultar con-

trarias a lo establecido en las resoluciones del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación 708/98 y 709/98 y las disposiciones 25/96 y 27/96 del Grupo Mercado Común del Mercosur.

Manifiesta que sus productos y artículos se encuentran habilitados y registrados ante la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT), creada por el decreto del PEN 1490/92, que le ha otorgado la autorización para efectuar la comercialización en todo el país, en cumplimiento del régimen establecido por dos resoluciones del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, la 708/98 que estableció el Registro Nacional de Establecimientos Domisanitarios y la 709/98 que creó el Registro Nacional de Productos Domisanitarios, y sus normas reglamentarias y complementarias, cuya organización y funcionamiento está a cargo de la ANMAT.

Cuestiona el mencionado decreto provincial en cuanto somete a toda persona física y jurídica, que de manera permanente o circunstancial, directa o indirectamente, elabore, fraccione, conserve, transporte, expida, exponga o manipule en cualquier otro carácter, productos de uso doméstico, industriales y de tocador, con destino inmediato al consumo público (artículo 1°), al régimen de inscripción, aprobación, fiscalización y control del Ministerio de Salud de la provincia.

Sostiene que la Provincia de Buenos Aires se arrogó funciones que competen a las autoridades nacionales, en tanto el sistema provincial incluye a todos los productos domisanitarios.

Añade que las autoridades provinciales, con fundamento en el citado decreto, contradicen y transgreden la normativa aplicable de índole nacional, desconocen los registros que efectúa la empresa ante la ANMAT que habilitan la circulación de productos domisanitarios por todo el territorio de la República, y le imponen en forma arbitraria e ilegítima un nuevo registro ante la Dirección del Laboratorio Central de Salud Pública del Ministerio de Salud Pública y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires, que se traducen en perjuicios económicos, operativos y administrativos.

En consecuencia, considera vulnerados por la norma local su derecho de propiedad, y los principios de razonabilidad, seguridad jurídica y legalidad.

II) A fs. 688/693, la Provincia de Buenos Aires contesta demanda y solicita su rechazo.

Afirma, en primer lugar, que la pretensión no configura un “caso” judicial, dado que —a su entender— no existe un estado de incertidumbre, ni un acto concreto del poder administrador que afecte de modo directo, actual y suficiente los derechos constitucionales que se dicen vulnerados.

Señala, en cuanto al fondo de la cuestión, que las normas locales que pretende impugnar la actora tienden a tutelar la salud pública e individual de los habitantes de la provincia, por lo que han sido dictadas en el ámbito de su competencia constitucional referida al poder de policía de salubridad que por principio le corresponde ejercer dentro de su jurisdicción territorial (conf. artículos 121 y siguientes de la Constitución Nacional).

Sostiene que se trata en la especie de facultades concurrentes de la provincia con las atribuidas a la Nación, que no se aplican sobre los productos destinados al comercio interprovincial y, por lo tanto, no pueden ser tachadas de incompatibles.

Observa que resulta arbitrario confundir, como lo hace la actora, una eventual yuxtaposición regulatoria con una incompatibilidad directa e insalvable de dos normas, extremo que no se verifica en el caso.

III) Clausurado el período probatorio, la actora y la Provincia de Buenos Aires presentaron sus alegatos, por medio de los escritos de fs. 811/814 y 808/809, respectivamente.

IV) A fs. 827/829 obra el dictamen de la señora Procuradora Fiscal acerca de las cuestiones constitucionales propuestas.

Considerando:

1º) Que esta demanda corresponde a la competencia originaria de esta Corte, según lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2°) Que en estas actuaciones Johnsondiversey de Argentina S.A., empresa dedicada a elaborar y comercializar productos domisanitarios plantea la inconstitucionalidad del decreto provincial 321/87, y la de sus normas complementarias y modificatorias, en cuanto desconocen los registros que realiza ante la ANMAT a los fines de la circulación de sus productos por todo el territorio de la República, y le exigen un nuevo registro ante la Dirección del Laboratorio Central de Salud Pública del Ministerio de Salud Pública y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires, extremo que se traduce en perjuicios económicos, operativos y administrativos que denuncia.

3°) Que con referencia a la naturaleza de la acción intentada cabe considerar reunidos los requisitos que se establecen en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al respecto, corresponde recordar la tradicional doctrina de esta Corte con arreglo a la cual su procedencia está condicionada a que la situación planteada en la causa supere la indagación meramente especulativa o el carácter simplemente consultivo, para configurar un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal (Fallos: 327:1108, considerando 2°).

En el sub lite, si bien la documentación aportada por la empresa actora se refiere básicamente, además de los certificados de inscripción nacional de “productos domisanitarios” emitidos por la ANMAT, a los recibos de pago de aranceles emitidos por la Dirección del Laboratorio Central del Ministerio de Salud Pública y Acción Social del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (fs. 1/21 y 766/787); es indudable la operatividad del decreto local 321/87, habida cuenta de los términos del dictamen n° 5258/07 de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (ver copia obrante a fs. 641/642, correspondiente al Exp. N° 2906-7531); cuyo original no fue presentado por la provincia a pesar de la intimación que se le cursó, por haberlo destruido (fs. 709).

De dicha pieza se extrae la afirmación de la vigencia del decreto local 321/87, y su aplicación se ve ratificada con el dictado de la resolución 2829/02 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

En aquel dictamen, el asesor legal de la provincia reitera “...la necesidad de evaluar la conveniencia de impulsar una normativa pro-

vincial que unifique criterios con la legislación nacional, facilitando su aplicación en esta jurisdicción” (fs. 642).

Dicho extremo pone en peligro el derecho que se intenta ejercer, y demuestra en grado suficiente el interés actual de la actora en un pronunciamiento definitivo del Tribunal.

Por lo demás, el decreto 321/87 faculta a la autoridad de aplicación a proceder al secuestro de los productos que se expongan en contravención con sus disposiciones -artículo 35- y a imponer sanciones a los responsables; y de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 40 y 43, la autoriza a adoptar medidas precautorias (fs. 627/628). A tal punto es ello así que la inobservancia por parte de la actora del régimen sanitario instaurado por esa norma local, que reputa ilegítima, le puede generar la “intervención de mercaderías en infracción y el nombramiento de depositarios”. Todo ello la sitúa sin duda en un “estado de incertidumbre” sobre “la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica”, y en la probable afectación de un interés legítimo; que lleva a concluir que está configurada la presencia de un caso, cuya finalidad preventiva no exige la existencia del daño consumado (Fallos: 310:606; 311:421; 311:2104 y 331:2178 y sus citas).

5°) Que con respecto al fondo del asunto, corresponde admitir la demanda, ya que la cuestión debatida en estos autos guarda sustancial analogía con la examinada y resuelta en las causas C.721.XXXIX “Colgate Palmolive Argentina S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, y U.32.XXXIX “Unilever de Argentina y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencias del 1° de octubre de 2013, a cuyos fundamentos y a la solución allí expuestos corresponde remitirse en razón de brevedad, con el alcance indicado en el considerando 13 del precedente mencionado en primer término —causa “Colgate”—.

Por ende, la declaración de inconstitucionalidad debe alcanzar a los efectos del decreto 321/87, que impidan o perturben la comercialización en la Provincia de Buenos Aires de productos domisanitarios informados que cuenten con autorización nacional, en los términos de las resoluciones 708/98 y 709/98 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Hacer lugar a la demanda seguida por Johnsondiverse y de Argentina S.A., contra la Provincia de Buenos Aires y declarar la invalidez del decreto provincial 321/87, con el alcance indicado en el considerando 5° precedente. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

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

Nombre del actor: **Johnsondiverse y de Argentina S.A.**

Nombre del demandado: **Provincia de Buenos Aires.**

Profesionales intervinientes: doctores **Gabriel Carlos Monrabal, Ricardo M. Gordó LLobell y Alejandro J. Fernández Llanos.**

ASOCIACION DE BANCOS DE LA ARGENTINA C/
BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE
INCONSTITUCIONALIDAD

MEDIDA CAUTELAR

Corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 13 bis, tercer y quinto párrafo y 14 bis del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires ya que la potestad reconocida a la Dirección de Rentas de la Provincia de Buenos Aires (actual ARBA) de ordenar embargos y otras medidas cautelares no se extiende, ni puede interpretarse que se extienda a otras provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, porque ella es una atribución extraña a la autoridad administrativa local ya que, si bien la potestad fiscal que asiste a las provincias es una de las bases sobre la que se asienta su autonomía, el límite a esas facultades viene dado por la exigencia de que la legislación dictada en su consecuencia no sea contraria a normas de carácter nacional.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 122/129, la Asociación de Bancos de Argentina (ABA), en forma conjunta con Citibank N.A., Banco Río de la Plata, HSBC Bank Argentina S.A., Bank Boston, BBVA Banco Francés, Banco Itaú Buen Ayre S.A., JP Morgan Chase Bank Nacional Association (Suc. Buenos Aires), 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 lograr el cese del estado de incertidumbre en el que adujeron encontrarse a raíz de lo previsto en los artículos 13 bis y 14 bis del Código Fiscal de la Provincia (textos según leyes 13.529 y 13.405) -cuya declaración de inconstitucionalidad solicitan- en cuanto otorgan a la Dirección General de Rentas local facultades para ordenar la traba de medidas precautorias y para requerir información a las entidades financieras sobre cuentas, fondos y valores de clientes, no rigiendo al respecto la limitación del secreto bancario prevista en el art. 39 de la ley 21.526.

Cuestionaron, asimismo, la constitucionalidad de las notas emitidas por la Dirección General de Rentas provincial el 1° de noviembre de 2006, por las que se hizo explícito a las entidades bancarias el requerimiento de la traba de embargos extraterritoriales y de informes sobre las cuentas y activos radicadas en sucursales bancarias ubicadas fuera del territorio bonaerense, intimándolas con sanciones en caso de incumplimiento (v. fs. 65/66 y 86/87).

En virtud de lo establecido por los arts. 7°, 29, 31 y 109 de la Constitución Nacional, las actoras pusieron en tela de juicio que la Provincia cuente con facultades para disponer, tal como lo prevé el citado art. 13 bis, que el oficio para anotar las medidas cautelares ordenadas por la Administración posea el mismo valor que una requisitoria y orden judicial, ya que esas atribuciones administrativas no están previstas en el régimen de la ley 22.172.

Puntualizaron que la obligatoriedad de esas órdenes, así como las sanciones por su incumplimiento y por la falta de suministro de la información requerida, les generaba una grave lesión y que, por tratarse de actos obligatorios y ejecutorios, se vieron compelidas a acatarlas bajo reserva.

En lo que hace al art. 14 bis del Código Fiscal, lo impugnaron en cuanto establece la responsabilidad solidaria de las entidades de la ley 21.526 ante el incumplimiento de las otras medidas cautelares dispuestas, la que será determinada por vía incidental por el juez provincial ante el que tramite el juicio de apremio. Entendieron que tal responsabilidad no encuadra en las previstas en el art. 5°, inc. 5°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sino que emerge de la inobservancia por parte de un tercero no demandado de una obligación diferente a la que motivó el juicio, por lo que -conforme al inc. 4° de dicho artículo- debería estar sujeta al magistrado competente según el lugar del hecho o del domicilio del demandado el que, afirmaron, en ningún caso estaba ubicado en la provincia de Buenos Aires.

Asimismo se agraviaron ante las amenazas de incluir a las actoras en la lista de bancos y entidades financieras reticentes, como así de la de comunicar al Banco Central de la República Argentina (BCRA) el incumplimiento de las comunicaciones "A" 4.317 y 4.584, de responsabilizar a los directores de las entidades en los términos del art. 239 del Código Penal, y de someter a los bancos y personas físicas a una responsabilidad solidaria con el contribuyente ejecutado que pudiera ser determinada por los jueces provinciales mediante un trámite incidental en juicio de apremio.

Por último, pidieron el dictado de una medida cautelar para que, durante el trámite del proceso, el estado provincial se abstuviera de aplicar las normas y actos sobre los que versa esta acción.

-II-

A fs. 136/140, V.E. compartió la opinión emitida por este Ministerio Público a fs. 131/133, declaró que la presente causa era de su competencia originaria y otorgó la medida cautelar solicitada con relación a las ordenes administrativas de embargo concernientes a cuentas y activos bancarios radicados fuera del territorio de la demandada.

-III-

A fs. 302/320, se presentaron la Asociación de Bancos Privados de Capitales Argentinos ("ADEBA"), Banco Comafi S.A., Banco Piano S.A., Nuevo Banco Industrial de Azul S.A., Banco Finansur S.A., Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., Banco Hipotecario S.A., Banco Macro S.A., Banco Patagonia S.A., Banco Privado de Inversiones S.A., Banco Mariva S.A., Banco Sáenz S.A., Banco Meridian S.A., Banco de Valores

S.A., Banco de Servicios y Transacciones S.A., y solicitaron tomar intervención en el proceso conforme a lo dispuesto en el art. 90, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. A fs. 367/368 hace lo propio, el Banco Supervielle S.A.

Adhirieron, en lo sustancial, a los planteamientos de las actoras, agregando que los arts. 13 bis y 14 bis del Código Fiscal son inconstitucionales al conferir a la administración tributaria la facultad de decretar el embargo de cuentas bancarias y valores depositados en las entidades financieras sin intervención de un juez.

Asimismo solicitaron que se declarase inconstitucional la disposición normativa Serie “B” n° 74/2006 del Subsecretario de Ingresos Públicos de la Provincia, que dispuso que el embargo administrativo debe hacerse efectivo sobre los fondos correspondientes a remuneraciones devengadas a favor del demandado con sujeción a lo dispuesto por el decreto nacional 484/87, en razón de que la entidad bancaria no tiene conocimiento de los salarios que perciben sus clientes.

-IV-

Luego de corridos los traslados pertinentes, a fs. 523 V.E. admitió la intervención solicitada en los términos y con la calidad de actuación previstos en los arts. 90, inc. 2°, y 91, segundo párrafo, del CPCCN, pero tan sólo *“en cuanto al objeto descripto en el punto II, apartado A de fs. 122 y vta. del escrito de demanda, esto es, la impugnación de las normas allí referidas en tanto extienden sus efectos fuera del territorio de la provincia de Buenos Aires”*, aclarando: *“En cambio, no corresponde dar curso -en el marco de la intervención precedentemente acordada- a la pretensión de ADEBA de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 13 bis y 14 bis y de la disposición 74/2006, en lo que respecta a las facultades acordadas a ARBA para disponer embargos, pues excede el marco de las cuestiones propuestas por la actora y admitidas por el Tribunal a fs. 136/139 como correspondientes a su competencia originaria”*.

-V-

A fs. 401/406, la Provincia contestó el traslado de la acción y solicitó su rechazo. Manifestó que la ley 13.529, al sustituir el art. 13 bis del Código Fiscal, reforzó el control de las medidas asegurativas del crédito fiscal al establecer que sólo se las podría trabar en el marco de un proceso judicial de apremio iniciado, con lo cual el juez ejercía su control a través de la revisión, modificación o sustitución de aquellas ordenadas

por la autoridad tributaria, respetando el derecho de defensa del contribuyente y la efectiva separación de poderes.

Sostuvo, asimismo, que la obligación de informar impuesta a las entidades bancarias se enmarca dentro de los deberes de colaboración que éstas tienen con el Fisco. Recordó que el secreto bancario establecido en el art. 39 de la ley 21.526 no es un derecho absoluto, y que al respecto V.E. ya ha dicho que no puede constituir una valla a la facultad de los organismos recaudadores de verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los responsables.

Explicó que las medidas asegurativas perderían su sentido si, en cada caso concreto, tuviera que solicitar la información previa establecida en el art. 39 de la ley 21.526 para que operase la excepción al secreto bancario, puesto que -frente al aviso- el contribuyente remiso se desapoderaría de sus bienes o vaciaría sus cuentas.

Adujo que la traba de medidas cautelares fuera de la jurisdicción provincial está siempre dirigida a los bienes integrantes del patrimonio de aquellos sujetos que son contribuyentes de la Provincia de Buenos Aires sobre los que, conforme a lo dispuesto por el artículo 121 de la Constitución Nacional, ejerce su poder de imposición. Concluyó señalando que el hecho de que tales bienes se encontraran situados fuera del territorio provincial no modificaba tal situación.

Consignó que, en tanto el art. 13 bis del Código Fiscal habilita la traba de medidas cautelares administrativas en el marco de juicios de apremio iniciados y sujetas a inmediato control judicial, no era cierto que el Fisco sólo podía llevarlas adelante fuera del territorio provincial mediante el trámite previsto en la ley 22.172. Destacó que ella no resulta aplicable a las comunicaciones entre administraciones públicas en tanto se refiere a las que se realizan entre tribunales de distinta jurisdicción. Añadió que, por ello, el ente recaudador había celebrado un acuerdo con la Administración Federal de Ingresos Públicos -aprobado por el decreto 745/07- a fin de diligenciar ante las distintas entidades financieras que funcionan bajo la superintendencia del BCRA los oficios que ordenan la traba y el levantamiento de embargos generales de fondos y valores depositados en el sistema financiero.

-VI-

Considero que un orden jurídicamente lógico impone examinar, dentro del conjunto de entidades actoras y terceras intervinientes, si las asociaciones ABA y ADEBA se encuentran legitimadas para plantear la presente acción.

Es que, si bien esta Procuración General ha sostenido que la reforma constitucional de 1994 extendió el espectro de sujetos legitimados para accionar, en especial por la vía del amparo, esta amplitud no se ha dado para defensa de cualquier derecho, sino sólo con relación a los mecanismos tendientes a proteger los de incidencia colectiva (arg. dictamen de las causas de Fallos: 320:690; 326:2998 y 3007).

En efecto, el art. 43 de la Constitución Nacional, en su segundo párrafo, establece que podrán interponer dicha acción “*contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*”.

Sin embargo, cabe señalar que en el *sub lite* los planteos formulados por ABA, que hizo suyos ADEBA, no están dirigidos a la protección del medio ambiente, o de la competencia, ni de ningún otro derecho de incidencia colectiva en general, ni se vinculan con la relación de usuario o consumidor, sino que ponen en debate cuestiones de carácter patrimonial, cuyo ejercicio y tutela corresponde, en exclusiva, a cada una de las entidades bancarias afectadas y, por lo tanto, se hallan fuera del ámbito de la ampliación que ha realizado la citada norma constitucional.

También constituye un óbice al reconocimiento de la legitimación de dichas asociaciones el hecho de que no demuestran un derecho subjetivo o un interés legítimo propio que las habilite a instar el pleito, en tanto no alegan un perjuicio lesión personal de derechos en relación a las normas que impugnan. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la promoción de la presente demanda se sustentó en la necesidad de evitar, o al menos disminuir, los daños que podrían ocasionarse a los clientes de las entidades financieras por la traba de embargos con base en las normas cuestionadas, así como también para conjurar las consecuencias que podrían tener que soportar los bancos por eventuales reclamos de aquéllos o por hacerse efectivas las sanciones en caso de incumplimiento (v. fs. 127/127 vta.).

Por ende, desde mi óptica, ABA y ADEBA no se encuentran legitimadas para plantear la presente acción pues no se verifica, respecto de ellas, la existencia de “*caso*”, o “*causa*” en los términos de los arts. 116 y 17 de la Constitución Nacional toda vez que, a la luz de dicho, no habrán de beneficiarse ni de perjudicarse con la decisión adoptada

al cabo de este proceso (arg. Fallos: 156:318; 227:688; 245:552; 322:528; 324:333; 326:1007, entre otros).

-VII-

Sentado lo anterior, no es ocioso recordar aquí 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 le 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, estimo que respecto de las entidades bancarias actoras y terceras intervinientes se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN pues, como surge de las notas agregadas a fs. 65/66 y 86/87, ha mediado una actividad concreta de la demandada dirigida a trabar embargos y a requerir información sobre las cuentas bancarias radicadas en sucursales fuera de su jurisdicción, a lo que se suma el apercibimiento de sanciones en caso de incumplirse. Así, considero que tal conducta sumió a las entidades financieras accionantes 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 (Fallos: 310:606; 311:421).

-VIII-

Con las salvedades indicadas, sigo pensando -de acuerdo a lo oportunamente dictaminado por este Ministerio Público a fs. 131/133 y lo resuelto por V.E. a fs. 136/140- que el Tribunal continúa teniendo competencia originaria para entender en el presente.

-IX-

Llegados a este punto, cabe advertir que de la lectura de fs. 122, 328/330 y 409/411 surge que los bancos intervinientes impugnan la constitucionalidad:

1. Del art. 13 bis, quinto párrafo, del Código Fiscal, que prescribe que si las medidas cautelares recayeren sobre bienes registrables o cuentas bancarias del deudor, su anotación se practicará por oficio expedido por la Dirección Provincial de Rentas, el cual tendrá el mismo valor que una requisitoria y orden judicial.

2. Del art. 13 bis, tercer párrafo, del Código Fiscal (texto según ley 13.259), en cuanto dispone que dentro de los quince días de notificadas a las entidades financieras las medidas cautelares ordenadas por la Dirección Provincial de Rentas, éstas deberán informar a la autoridad recaudadora los fondos y valores embargados, no rigiendo a tales fines el secreto que establece el art. 39 de la ley 21.526.

3. De las notas del 01.11.06, emitidas por la Dirección Provincial de Rentas, mediante las cuales se intimó a las entidades bancarias para que los embargos que hubiere decretado ese organismo respecto de alguno de sus clientes fueran trabados también sobre cuentas y activos correspondientes a sucursales ubicadas fuera del territorio bonaerense;

4. Del art. 14 bis del Código Fiscal (texto según ley 13.405), en cuanto establece la responsabilidad solidaria de los bancos cuando incumplan órdenes de embargo u otras medidas cautelares decretadas por la Dirección Provincial de Rentas, responsabilidad que será determinada por vía incidental por el juez provincial ante el que tramite el apremio contra el contribuyente.

Estos actos son impugnados exclusivamente en cuanto otorgan facultades a la Dirección Provincial de Rentas para hacerse efectivas fuera del territorio de la Provincia de Buenos Aires. En palabras de la actora: *“Es decir, es patente que el objeto procesal de la demanda promovida por mi parte se encuentra relacionado únicamente con la impugnación de ciertos párrafos del artículo 13 bis, el artículo 14 bis y las notas del 01.11.2006, en tanto pretenden extender sus efectos fuera del territorio de la provincia de Buenos Aires”* (fs. 329, último párrafo; el subrayado pertenece al original).

Por ello, V.E. resolvió que la materia en debate ha quedado circunscripta *“al objeto descripto en el punto II, apartado A de fs. 122 y vta. del escrito de demanda, esto es, la impugnación de las normas allí referidas en tanto extienden sus efectos fuera del territorio de la provincia de Buenos Aires”* (fs. 523).

-X-

En lo atinente al primero de los puntos destacados en el acápite anterior, es evidente para mí que la invalidez del art. 13 bis, quinto párrafo, del Código Fiscal -en cuanto asigna al oficio expedido por la Dirección Provincial de Rentas el mismo valor que una requisitoria y orden judicial- deriva de la inconstitucionalidad de las facultades administrativas para decretar las medidas cautelares cuya traba allí se

ordena, tal como ya lo tiene resuelto V.E. en Fallos: 333:935, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad.

Y, dado el fundamento con que se resuelve este aspecto, estimo que es innecesario el estudio de los demás agravios planteados respecto de las obligaciones y responsabilidades enumeradas en los tres puntos restantes, dado que estas obligaciones y responsabilidades suponen que la Administración posee la legítima facultad para decretar los embargos, potestad cuya invalidez aquí propicio.

-XI-

A mayor abundamiento, señalo que si bien este Ministerio Público ha sustentado su opinión sobre el tema que aquí se discute en sus dictámenes *in re*: “A.F.I.P. c/ Consorcio Forestal Andina por ejecución fiscal”, del 12 de diciembre de 2001 y “A.F.I.P. c/ Atahualpa SRL por ejecución fiscal”, del 28 de febrero de 2002, como asimismo, en igual fecha, en la causa “*Intercorp*” -muchos de cuyos argumentos han sido compartidos por la mayoría del Tribunal al pronunciarse en esta última-, considero oportuno sumar aquí las siguientes precisiones adicionales.

Los votos en disidencia en dicho precedente remarcaron que existen en nuestro ordenamiento jurídico casos en los cuales V.E. ha admitido la validez de procedimientos ejecutivos realizados fuera de la órbita del Poder Judicial (cfr. consid. 8° y 23 del voto en disidencia de los Ministros Dres. Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay, y consid. 13 a 19 del voto en disidencia de los Ministra Dra. Elena Highton de Nolasco).

A tal respecto, me permito resaltar que todos los casos allí detallados se vinculan con prerrogativas otorgadas a bancos oficiales (v.gr. Banco Hipotecario Nacional, Banco de la Provincia de Buenos Aires, Banco de la Nación Argentina) en sus respectivas Cartas Orgánicas, o en otras leyes, para hacer efectivo el cobro de obligaciones emanadas de prendas agrarias o de hipotecas, es decir obligaciones resultantes de convenciones en las cuales se puso de manifiesto la voluntad de las partes, y por las que ellas quedaban libremente sometidas al régimen al que adherían.

Ello se ve explicitado en Fallos: 139:259, donde V.E., en una causa en la cual la Jefatura de Policía de Concordia consultaba si debía prestar la cooperación que le solicitaba el Banco Hipotecario Nacional para efectuar el desalojo de unas hectáreas afectadas por dicha entidad, señaló: “*Los deudores del Banco, al celebrar el contrato hipotecario o al admitir la transferencia del dominio con el gravamen..., lo hacen*

en las condiciones determinadas por la ley orgánica; es decir aceptando expresa o implícitamente la facultad otorgada al deudor por la disposición legal en cuestión que queda incorporada a la convención y renunciando, por tanto, a los beneficios que pudieran derivar de la sustanciación de un procedimiento previo a ante la justicia”, o en Fallos: 268:213, en el cual el Tribunal dejó sentado: “No es violatoria de la Constitución Nacional la facultad del Banco de vender por sí y ante sí los bienes hipotecados con sujeción a los preceptos de su ley y reglamento, pues tal facultad, además de venir de la convención libremente pactada entre deudor y acreedor, como sucede en la especie, comporta una seguridad insustituible para los intereses de la institución que no deben ser perturbados por las complicaciones y dilaciones propias de los procedimientos judiciales”.

Es decir que, si bien desde antiguo la jurisprudencia de V.E. ha admitido la validez de las ejecuciones administrativas, lo ha hecho sobre la base de la existencia de una convención libremente pactada y que se funda en razones de conveniencia y utilidad generales (v. doctrina de Fallos: 199: 388).

Bajo el prisma de esta consolidada jurisprudencia, resulta a todas luces evidente que la delegación de estas facultades propias de los jueces -decretar y trabar medidas cautelares- a favor de los funcionarios de la administración tributaria, aun cuando se persiga el loable fin de hacer efectivo el cobro de las obligaciones fiscales, carece de uno de los presupuestos básicos señalados por el Tribunal, cual es “*la convención libremente pactada entre deudor y acreedor*”.

En efecto, en materia fiscal no existe posibilidad alguna de ejercicio de la autonomía de la voluntad puesto que: “*Los impuestos no nacen de una relación contractual entre el Fisco y los habitantes, sino que se trata de una vinculación de derecho público. No existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones, ya que los impuestos no son obligaciones que emerjan de los contratos sino su imposición y la fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596). Las diversas formas o modos de imposición son un acto de voluntad exclusiva del Estado desde que el contribuyente sólo tiene deberes y obligaciones, siendo la única que compete a aquél la de respetar la supremacía de la Constitución Nacional (Fallos: 218:694). Por tanto, el cobro de un impuesto no constituye una causa civil, derivada de la estipulación o contrato, siendo por su naturaleza una carga impuesta por el Poder Legislativo a las personas o a los bienes*

con un fin de interés público y su cobro un acto administrativo (Fallos: 184:30)” (arg. Fallos: 223:233, in re: “Domingo L. Bombal v. Dirección General Impositiva”, sentencia del 31 de julio de 1952, y 318:676; 322:1470; 323:15, entre muchos otros).

-XII-

Opino, por ende, que corresponde declarar la falta de legitimación activa de ABA y ADEBA y, respecto de las entidades bancarias intervinientes, hacer lugar a la demanda con el alcance señalado por V.E. a fs. 523. Buenos Aires, 3 de febrero de 2012. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de julio de 2014.

Vistos los autos: “Asociación de Bancos de la Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de los que

Resulta:

I) A fs. 122/129 se presenta la Asociación de Bancos de la Argentina —ABA—, Citibank N.A., Banco Río de la Plata S.A., HSBC Bank Argentina S.A., Bank Boston, BBVA Banco Francés S.A., Banco Itaú Buen Ayre S.A. y JP Morgan Chase Bank, National Association (sucursal Buenos Aires) y promueven 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 cese el estado de incertidumbre, en el que, según aducen, se encuentran como consecuencia de la aplicación de las normas contenidas en los artículos 13 bis y 14 bis del Código Fiscal (textos según leyes 13.529 y 13.405, respectivamente).

Solicitan que se las exima de cumplir con los comportamientos que el Estado provincial le ha exigido con fundamento en las normas citadas y los actos dictados en su consecuencia, por considerarlos contrarios al derecho federal aplicable, como así también que se declare inconstitucional la amenaza de la demandada de: “(a) incluir a las ac-

toras que no cumplan con las referidas normas o actos en el 'listado de bancos y entidades financieras reticentes' que publica en la página web de la Dirección Provincial de Rentas; b) comunicar al Banco Central de la República que las actoras incumplen las comunicaciones "A" 4317 y 4584; c) responsabilizar a los directores de los bancos en los términos del art. 239 del Código Penal; (d) someter a los bancos y a las personas físicas que en su nombre no cumplan con las referidas normas y actos, a una responsabilidad solidaria con el contribuyente ejecutado, que pueda ser determinada ante los jueces provinciales mediante un trámite incidental en el juicio de apremio".

Alegan que el artículo 13 bis del Código Fiscal (texto según ley 13.529) otorga facultades al ente recaudador para ordenar medidas precautorias y requerir información a las entidades financieras regidas por la ley nacional 21.526 sobre fondos y valores de sus clientes. Esta disposición, según sostiene la actora, es constitucionalmente inválida, porque la demandada carece de atribuciones para excluir la aplicación del artículo 39 de la citada ley de entidades financieras, que establece la obligación de "secreto bancario", y que, por lo tanto, los bancos no están obligados a dar tales informes si no se cumplen en cada caso los requisitos establecidos por la norma federal.

Asimismo, señalan que la provincia tampoco cuenta con atribuciones para disponer que, fuera de su territorio, las decisiones y órdenes de sus órganos administrativos tengan el mismo valor de las requisitorias y órdenes judiciales, tal como lo establece el citado artículo 13 bis, porque, según afirman, si bien los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás, sólo adquieren fuerza obligatoria con sujeción a las leyes del gobierno federal (artículo 7° de la Constitución Nacional). En ese sentido sostienen que la única norma que habilita a trabar embargos y otras medidas cautelares fuera del territorio de la provincia en que fueron decretados, es la ley nacional 22.172, aplicable sólo a las medidas dispuestas por tribunales judiciales, y que los alcances de esta norma no han podido ser válidamente extendidos por la ley local 13.529.

Es por ello que cuestionan las órdenes emitidas por la Dirección Provincial de Rentas, en virtud de las cuales ésta hizo explícito a los bancos el requerimiento de trabar embargos sobre cuentas y activos correspondientes a sucursales bancarias ubicadas fuera del territorio bonaerense, dado que argumentan que las normas y actos de la Pro-

vincia de Buenos Aires sólo son obligatorios dentro de su territorio, salvo ley federal que les asigne efectos extraterritoriales.

Por otra parte, impugnan las normas contenidas en el artículo 14 bis del Código Fiscal, en cuanto establece que la responsabilidad solidaria de los bancos, en caso de que incumplan órdenes de embargo u otras medidas cautelares dispuestas “será determinada por vía incidental por el juez provincial ante el que tramite el apremio contra el contribuyente”, dado que, según aducen, esa responsabilidad no encuadra dentro de las “obligaciones indivisibles o solidarias” a las que se refiere el artículo 5°, inciso 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sino que la responsabilidad emergente del incumplimiento de un tercero no demandado, de una obligación diferente a la que motivó el juicio, está sujeta a la competencia del lugar del hecho o del domicilio del demandado (inciso 4 del artículo 5°), domicilio que, según afirman, en ningún caso está ubicado en la Provincia de Buenos Aires, y por lo tanto los eventuales actos de incumplimiento no son “cosas o personas que caigan bajo... jurisdicción” de la demandada según lo establece el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional.

Finalmente, solicita el dictado de una medida cautelar por medio de la cual se ordene a la provincia demandada que, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en estas actuaciones, se abstenga de aplicar las normas y actos sobre los que versa esta acción.

Ofrece prueba y pide que se haga lugar a la demanda, con costas.

II) A fs. 131/133 dictaminó la señora Procuradora Fiscal, y sobre la base de esa opinión, a fs. 136/140 este Tribunal declaró su competencia originaria para entender en la presente causa e hizo lugar a la cautelar solicitada.

III) A fs. 302/320 se presentan la Asociación de Bancos Privados de Capitales Argentinos —ADEBA—, Banco Comafi S.A., Banco Piano S.A., Nuevo Banco Industrial de Azul S.A., Banco Finanzur S.A., Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., Banco Hipotecario S.A., Banco Macro S.A., Banco Patagonia S.A., Banco Privado de Inversiones S.A., Banco Mariva S.A., Banco Sáenz S.A., Banco Meridian S.A., Banco de Valores S.A., Banco de Servicios y Transacciones S.A. y solicitan tomar intervención en el proceso conforme

a lo dispuesto en el artículo 90, inciso 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. A fs. 367/368 hace lo propio el Banco Supervielle S.A.

Adhieren, en lo sustancial, a los planteamientos de las actoras y señalan que los artículos 13 bis y 14 bis del Código Fiscal son inconstitucionales al conferir a la administración tributaria la facultad de decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en las entidades financieras sin intervención de un juez, y al hacer responsables a los bancos de las deudas de sus clientes, con lo que se vulnera su derecho de propiedad (fs. 310 vta. y 317 vta.).

Asimismo piden que se declare inconstitucional la disposición normativa Serie “B” 74/2006 del Subsecretario de Ingresos Públicos de la provincia, que dispuso que el embargo administrativo debe hacerse efectivo sobre los fondos correspondientes a remuneraciones devengadas a favor de la demandada con sujeción a lo dispuesto por el decreto nacional 484/87, en razón de que la entidad bancaria no tiene conocimiento de los salarios que perciben sus clientes.

IV) A fs. 523 se admite la intervención solicitada en los términos y con la calidad de actuación previstos en los artículos 90, inciso 2° y 91, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sólo “en cuanto al objeto descripto en el punto II, apartado A de fs. 122 y vta. del escrito de demanda, esto es, la impugnación de las normas allí referidas en tanto extienden sus efectos fuera del territorio de la provincia de Buenos Aires”.

Se aclaró —a continuación— que no correspondía “dar curso —en el marco de la intervención precedentemente acordada— a la pretensión de ADEBA a que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 13 bis y 14 bis y de la disposición 74/2006, en lo que respecta a las facultades acordadas a ARBA para disponer embargos, pues excede el marco de las cuestiones propuestas por la actora y admitidas por el Tribunal a fs. 136/139 como correspondientes a su competencia originaria”.

V) A fs. 401/406 se presenta la Provincia de Buenos Aires y contesta la demanda.

Sostiene que la ley 13.529, al sustituir el artículo 13 bis del Código Fiscal, reforzó el control de las medidas asegurativas del crédito fiscal al establecer que sólo se las podría trabar en el marco de un proceso judicial de apremio iniciado, con lo cual el juez ejercía su control a través de la revisión, modificación o sustitución de aquellas ordenadas por la autoridad tributaria, respetando el derecho de defensa del contribuyente y la efectiva separación de poderes (fs. 402 vta. /403).

Alega, asimismo, que la obligación de informar impuesta a las entidades bancarias se enmarca dentro de los deberes de colaboración que éstas tienen con el Fisco.

Recuerda que el secreto bancario establecido en el artículo 39 de la ley 21.526 no es un derecho absoluto, y que éste Tribunal ya ha señalado que no puede constituir una valla a la facultad de los organismos recaudadores de verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los responsables.

En este orden de ideas, expone que las medidas asegurativas perderían su sentido si, en cada caso concreto, tuvieran que solicitar la información previa establecida por el artículo 39 de la ley 21.526 para que operase la excepción al secreto bancario, puesto que —frente al aviso— el contribuyente remiso se desapoderaría de sus bienes o vaciaría sus cuentas.

Aduce que la traba de medidas cautelares fuera de la jurisdicción provincial está siempre dirigida a los bienes integrantes del patrimonio de aquellos que son contribuyentes de la Provincia de Buenos Aires sobre los que, conforme a lo dispuesto por el artículo 121 de la Constitución Nacional, ejerce su poder de imposición. Afirma que el hecho de que tales bienes se encuentren situados fuera del territorio provincial no modifica tal situación (fs. 405).

Concluye que en tanto el artículo 13 bis del Código Fiscal habilita la traba de medidas cautelares administrativas en el marco de juicios de apremio iniciados y sujetas a inmediato control judicial, no es cierto que el Fisco sólo puede llevarlas adelante fuera del territorio provincial mediante el trámite previsto en la ley 22.172. Pone de resalto que dicha norma no resulta aplicable a las comunicaciones entre administraciones públicas en tanto se refiere a las que se realizan entre tribunales de distinta jurisdicción. Agrega que, por ello, el ente recaudador había

celebrado un acuerdo con la Administración Federal de Ingresos Públicos —aprobado por el decreto 745/07— a fin de diligenciar ante las distintas entidades financieras que funcionan bajo la superintendencia del Banco Central de la República Argentina los oficios que ordenan la traba y el levantamiento de embargos generales de fondos y valores depositados en el sistema financiero.

Ofrece prueba y pide que se rechace la demanda, con costas.

Considerando:

1°) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que, en lo atinente a la declaración de certeza, cabe adelantar que se hallan reunidos, en el caso, los recaudos previstos en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Al respecto es dable señalar que, en tanto la acción intentada 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 (v. doctrina de Fallos: 307:1379; 310:606 y 977; 311:421; 312:1003; 322:1253, entre otros).

De los antecedentes del sub lite, en particular de fs. 124 y de las notas del 1° de noviembre de 2006 que se agregan a fs. 65/66 y 86, surge que ha mediado una actividad concreta de la demandada dirigida a trabar embargos y requerir información sobre las cuentas bancarias radicadas en sucursales ubicadas fuera de su jurisdicción, bajo el apercibimiento de aplicar sanciones en caso de incumplirse su requerimiento (v. también fs. 80/110, 591 y el expediente administrativo 5100-39299/09 acompañado). Tal conducta coloca a los demandantes 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 y 311:421).

3°) Que sin perjuicio de lo expuesto, es preciso aclarar respecto a la legitimación procesal de las asociaciones ABA y ADEBA para promo-

ver el presente juicio, que contrariamente a lo que sostiene la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 639/643, punto VI, este Tribunal admitió su intervención en Fallos: 327:5106; 330:4953.

Por otra parte, la simple lectura de sus estatutos (artículos 2.5 y 2.6) corroboran esta solución (fs. 70 y 289).

4°) Que en cuanto al fondo del asunto, cabe señalar que de los escritos de fs. 122/129, 328/330 y 408/411 surge que los actores impugnan la constitucionalidad: a) del artículo 13 bis, tercer párrafo, del Código Fiscal (texto según ley 13.529, fs. 280/280 vta.), en cuanto dispone que dentro de los quince días de notificadas a las entidades financieras las medidas cautelares ordenadas por la Dirección Provincial de Rentas, éstas deberán informar a la autoridad recaudadora los fondos y valores embargados, no rigiendo a tales fines el secreto que establece el artículo 39 de la ley 21.526; b) del artículo 13 bis, quinto párrafo, del citado código, que prescribe que si las medidas cautelares recayeren sobre bienes registrables o cuentas bancarias del deudor, su anotación se practicará por oficio expedido por la Dirección Provincial de Rentas, el cual tendrá el mismo valor que una requisitoria y orden judicial; c) de las notas del 1° de noviembre de 2006, emitidas por la Dirección Provincial de Rentas, mediante las cuales se intimó a las entidades bancarias para que los embargos que hubiere decretado ese organismo respecto de alguno de sus clientes fueren trabados también sobre cuentas y activos correspondientes a sucursales ubicadas fuera del territorio bonaerense y d) del artículo 14 bis del Código Fiscal (texto según ley 13.405, fs. 272), en cuanto establece la responsabilidad solidaria de los bancos cuando incumplan órdenes de embargo u otras medidas cautelares decretadas por la Dirección Provincial de Rentas, responsabilidad que será determinada por vía incidental por el juez provincial ante el que tramite el apremio contra el contribuyente.

Estos actos son impugnados exclusivamente en cuanto otorgan facultades a la Dirección Provincial de Rentas para hacerse efectivas fuera del territorio de la Provincia de Buenos Aires. Así lo reconoció ABA a fs. 329, último párrafo, al señalar que *“es patente que el objeto procesal de la demanda promovida por mi parte se encuentra relacionado únicamente con la impugnación de ciertos párrafos del artículo 13 bis, el artículo 14 bis y las notas del 01.11.2006, en tanto*

pretenden extender sus efectos fuera del territorio de la provincia de Buenos Aires” (v. también dictamen de la señora Procuradora Fiscal, fs. 639/643).

5°) Que a fs. 523 este Tribunal precisó que la materia en debate ha quedado circunscripta “al objeto descrito en el punto II, apartado A de fs. 122 y vta. del escrito de demanda, esto es, la impugnación de las normas allí referidas en tanto extienden sus efectos fuera del territorio de la provincia de Buenos Aires”.

6°) Que desde antiguo este Tribunal ha señalado en Fallos: 147:239 que “de acuerdo con el sistema político adoptado por nuestra Constitución, los poderes de la soberanía se encuentran divididos entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales: los del primero revisten la calidad de supremos y absolutos y se aplican en todo el territorio de la República, es decir, aún dentro del perteneciente a las propias provincias; los de los segundos presentan los mismos caracteres, pero únicamente pueden ser ejercitados dentro de los límites territoriales de la provincia”.

“Ninguna provincia puede legislar si no es con referencia a las cosas y a las personas que se hallen dentro de su propia jurisdicción, pues los poderes conferidos por la Constitución son para ser ejercidos dentro de su territorio. La forma federal de gobierno, ha dicho esta Corte, supone la coexistencia de un poder general y de poderes locales que actúen en su esfera propia de acción y con imperio en toda la Nación el primero, y sólo en una provincia determinada el segundo, de manera que es dentro de sus respectivos límites que las últimas ejercen todo el poder no delegado al gobierno federal, con arreglo al art. 104 de la Constitución” [actual 121] (Fallos: 119:304; Bonaparte ‘*versus*’ Tax Court 104 U.S.592”).

7°) Que con esta misma inteligencia, esta Corte ha sostenido que es indudable la facultad de las provincias de “darse leyes y ordenanzas de impuestos locales..., y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el artículo 108 [actual 126] de la Constitución Nacional; siendo la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción, del resorte propio de las provincias, porque entre los derechos que constituyen la autonomía de ellas, es primordial el de imponer contribuciones y percibirlas, sin inter-

vención alguna de autoridad extraña” (Fallos: 7:373; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419; 235:571 y 320:619). Pero ha debido admitirlo con la salvedad de que aquellas leyes impositivas no graven bienes existentes fuera de sus límites políticos, o actos con efectos en extraña jurisdicción; o que sean por otras razones contrarias a la Constitución” (Fallos: 235:571).

8°) Que el derecho reservado de crear impuestos y establecer las formalidades y acciones necesarias para hacerlos efectivos, no faculta al legislador local a actuar más allá de su potestad jurisdiccional e invadir otras jurisdicciones. Ninguna provincia puede legislar, como ya se dijo, sino sobre las personas o cosas sometidas a su jurisdicción (Fallos: 147:239).

En consecuencia, la potestad reconocida por el Código Fiscal a la Dirección de Rentas de la Provincia de Buenos Aires (actual ARBA) de ordenar embargos y otras medidas cautelares no se extiende, ni puede interpretarse que se extienda a otras provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, porque esa es una atribución extraña a la autoridad administrativa local.

9°) Que el artículo 7° de la Constitución Nacional, cuya fuente es el artículo IV, Sección I de la Constitución de los Estados Unidos, después de prescribir que los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás, faculta al Congreso para determinar por leyes generales cuál será la forma probatoria de aquellos actos y procedimientos y cuáles los efectos legales que produjesen, una vez que se hallen revestidos de esa forma (Fallos: 17:286).

La primera parte del mentado artículo tiene, por tanto, el propósito de impedir que entre las provincias se exijan recaudos de validez para reconocer actos celebrados en otras jurisdicciones, pero ello de ningún modo implica ampliar territorialmente las potestades de los estados. De tal modo, el principio que subyace en la citada norma es el de la extraterritorialidad del derecho local en el ámbito territorial de las restantes provincias.

Por el contrario, en el caso se configura un supuesto de extraterritorialidad de la ley fiscal bonaerense.

10) Que en un diverso pero afin orden de ideas, debe destacarse que la ley nacional 22.172 aprobó el convenio celebrado el 9 de octubre de 1979 entre el Poder Ejecutivo Nacional y la Provincia de Santa Fe sobre comunicaciones entre tribunales de distinta jurisdicción territorial, y su objetivo fue lograr la adhesión de todas las provincias a un régimen uniforme de comunicaciones que agilice al máximo las diligencias a practicarse en extraña jurisdicción, comprensivo de todos los tribunales cualquiera sea su competencia en razón de la materia y en su virtud se estableció el procedimiento a seguirse para la traba de medidas cautelares y la instauración de un sistema que permita dar certeza a la autenticidad de los documentos que deban inscribirse en los registros u oficinas públicas y la unificación de los recaudos formales que deben contener los distintos medios de comunicación (v. la nota al Poder Ejecutivo que acompañó al proyecto de ley).

La Provincia de Buenos Aires adhirió a esa ley mediante la sanción de la ley 9618 (B.O. 17/11/80).

11) Que tal manera, resulta claro que la mentada ley 22.172 se refiere exclusivamente a medidas cautelares dictadas por tribunales judiciales, y no contempla requisitorias administrativas de las características previstas por el artículo 13 bis, quinto párrafo, del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

La equiparación entre la requisitoria administrativa a la de una orden judicial que efectúa la norma fiscal referida tampoco habilita a conferirle tales efectos a la primera fuera del territorio de la provincia, dado que —se reitera— la mentada ley sólo contempla las medidas cautelares dictadas por tribunales judiciales.

12) Que, en síntesis, de lo expuesto se concluye que si bien la potestad fiscal que asiste a las provincias es una de las bases sobre la que se asienta su autonomía —in-concebible si no pudieran éstas contar con los medios materiales que le permitieran autoabastecerse—, debe recordarse que el límite a esas facultades viene dado por la exigencia de que la legislación dictada en su consecuencia no sea contraria a normas de carácter nacional (artículo 31 de la Constitución Nacional y arg. Fallos: 235:571; 324:2480 y 326:3899, considerando 11).

En el presente caso, va de suyo que las normas que aquí se impugnan dejan de ser válidas, cuando confrontadas con las normas básicas del ordenamiento jurídico (artículo 31 de la Constitución Nacional), resulta evidente que las infringen, en vez de acatarlas o respetar su esencia (arg. Fallos: 247:646, considerando 12).

En tales condiciones, las potestades otorgadas al ente recaudador provincial por los artículos 13 bis, tercer y quinto párrafo, y 14 bis del Código Fiscal para hacerse efectivas fuera del territorio de la Provincia de Buenos Aires, colisionan con normas nacionales y constitucionales de jerarquía superior; de tal modo que el conflicto deviene inconciliable.

Ante tal situación de colisión, la preeminencia debe ser establecida en función de los fines queridos por la Constitución y el interés general en juego (arg. Fallos: 315:1013).

13) Que, por otra parte, debe destacarse que no resulta admisible que a la hora de establecer procedimientos destinados a garantizar la normal y expedita percepción de la renta pública la demandada —bajo el pretexto de ampliar su jurisdicción más allá de sus límites territoriales— se recurra a instrumentos que quebrantan el orden constitucional (artículos 7°, 29 y 31 y concs. de la Constitución Nacional). Es que la mera conveniencia de un mecanismo para conseguir un objetivo de gobierno —por más loable que éste sea— en forma alguna justifica la violación de las garantías y derechos consagrados en el texto constitucional. Así, se ha sostenido que es falsa y debe ser de-sechada la idea de que la prosperidad general constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integralidad del sistema institucional vigente (arg. Fallos: 333:935, considerando 15).

14) Que lo considerado hasta aquí torna inoficioso expedirse sobre los demás planteos expuestos por las partes.

Por ello y oído lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: Hacer lugar a la demanda seguida por las actoras contra la Provincia de Buenos Aires y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 13 bis, tercer y quinto párrafo y 14 bis del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Con costas (artículo 68 del 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.

Nombre de los actores: **Asociación de Bancos de la Argentina; Citibank N.A., Banco Río de la Plata S.A., HSBC Bank Argentina S.A., Bank Boston, BBVA Banco Francés S.A., Banco Itaú Buen Ayre S.A. y JP Morgan Chase Bank, National Association (sucursal Buenos Aires).**

Nombre del demandado: **Provincia de Buenos Aires.**

Terceros intervinientes: **Asociación de Bancos Privados de Capitales Argentinos — ADEBA—, Banco Comafi S.A., Banco Piano S.A., Nuevo Banco Industrial de Azul S.A., Banco Finansur S.A., Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., Banco Hipotecario S.A., Banco Macro S.A., Banco Patagonia S.A., Banco Privado de Inversiones S.A., Banco Mariva S.A., Banco Sáenz S.A., Banco Meridian S.A., Banco de Valores S.A., Banco de Servicios y Transacciones S.A.**

Profesionales: **Dres. Hugo N. Bruzone; Liban A. Kusa; Rafael M. González Arzar; Santiago M. Nicholson; Wilfredo Peresutti; Carlos Carmen; Gustavo Del Vecchio; José F. Bancalari; María E. Casanovas; Ricardo D. Biondo; Ernesto López; Alejandro O. Pisani; Analía N. Lacabe; Karina Lombi; Antonio Costa; Ernesto V. Bollota; Marcelo J. Azumendi; Juan M. LLadó; Lucas A. Piaggio; Guillermo G. Ucha; Leandro Chillier; Evelina L. Sarrailh; Facundo Gómez Minujin; Rubén E. Luque; Marta I. Gómez; Pablo A. Antao; Sergio G. Gabai; Patricia Storni Franchini; Miguel Ángel Estévez; Miguel A. Scirano; Alejandro Fernández Llanos; Luisa M. Petcoff; Claudio Cesario y Luis R. Bullrich.**

JOSÉ Y SALVADOR SIRICA S/ APELA MULTA

MEDIO AMBIENTE

Compete a la justicia federal entender en la causa iniciada con motivo de las multas impuestas por la Dirección Provincial de Controladores Ambientales del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, a la firma dedicada a la curtiembre de cuero vacuno por supuestas infracciones a la ley de la provincia de Bs As 11.720 -Generación, Manipulación, Almacenamiento, Transporte, Tratamiento y Disposición Final de Residuos Especiales-, pues aún cuando la decisión administrativa impugnada proviene de la actuación de un organismo local, la curtiembre sancionada se encuentra asentada en el territorio de la Cuenca Matanza-Riachuelo, cuyo ámbito se encuentra sujeto al control y fiscalización

de la ACUMAR; en que esa empresa recurrente se halla registrada en el público listado o cuadro de industrias declaradas “agentes contaminantes”, y en que, además, dicha peticionaria acredita la aprobación de un “programa de reconversión industrial (PRI).

MEDIO AMBIENTE

Compete a la justicia federal entender en la causa iniciada con motivo de las multas impuestas por la Dirección Provincial de Controladores Ambientales del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, a la firma dedicada a la curtiembre de cuero vacuno por supuestas infracciones a la ley de la provincia de Bs As 11.720 -Generación, Manipulación, Almacenamiento, Transporte, Tratamiento y Disposición Final de Residuos Especiales-, pues frente a la confluencia jurisdiccional que suscita la naturaleza de las infracciones verificadas, la prevalencia del cometido asignado a la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo por medio de la ley 26.168, a la que adhirió la Provincia de Buenos Aires mediante ley 13.642, como también la unidad de jurisdicción originaria, revisora y por vía de litispendencia puesta en manos del magistrado federal -competencia asignada en la causa “Mendoza” (Fallos: 331:1622) y consid. 5° de Fallos: 332:2522-, en el marco de la implementación del Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca, justifican suficientemente poner a su cargo el conocimiento de este asunto.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La presente contienda negativa de competencia entre el Juzgado en lo Correccional N° 7 del departamento judicial de Lomas de Zamora, y el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón, ambos de la provincia de Buenos Aires, se refiere a la causa iniciada con motivo de las multas impuestas por la “Dirección Provincial de Controladores Ambientales del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible”, a la firma “José y Salvador S ”, sita en el partido de Lanús, y dedicada a la curtiembre de cuero vacuno, por supuestas infracciones a la ley provincial 11.720 -Generación, Manipulación, Almacenamiento, Transporte, Tratamiento y Disposición Final de Residuos Especiales-. En particular, por haber almacenado residuos especiales en recintos no separados; no contar con un sistema de

recolección y concentración de posibles derrames; no llevar un libro de operaciones, y carecer de la declaración jurada de residuos especiales y su habilitación.

Concedido el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la firma sancionada contra la disposición administrativa que impuso esas multas, y remitidas las actuaciones a la justicia provincial, su titular, declaró su incompetencia para conocer de la sanción apelada con base en las prescripciones de la ley 25.675 -general de medio ambiente-, que establece la competencia federal para conocer en los casos en que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales.

En tal sentido, sostuvo que, sin importar cual haya sido la oficina preventora ni la ley local invocada con el propósito de inspección, debería intervenir un órgano distinto al que dispuso esas infracciones, más precisamente la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR).

Para así decidir, argumentó que a partir de la sanción de la ley 26.168, el patronazgo ambiental le corresponde a esa cuenca hídrica, ya que es la encargada de monitorear la actividad de las industrias que operan en esa área geográfica de la provincia de Buenos Aires, y dado que la curtiembre se encuentra emplazada en Lanús, y que, a su criterio, sería potencialmente contaminante, sea por vertidos, emisiones gaseosas, o por no adecuar sus instalaciones a las exigencias técnicas, concluyó que resultaría admisible la radicación de la causa ante la justicia federal de Quilmes, tal como lo dispuso la Corte en el precedente citado en último término (fs. 13/20).

Esta última, por su parte, y de acuerdo con el fiscal, rechazó tal atribución por considerar que no corresponde a este fuero intervenir como tribunal de alzada de las sanciones impuestas por el “Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible”.

Y en ese sentido, sostuvo que la labor de ACUMAR no ha sido entorpecida o alterada por el organismo provincial que dispuso las multas, pues éste actuó dentro del marco de sus facultades de controlador y de conformidad con la normativa vigente. Y, agregó, finalmente que los hechos que motivaron las infracciones carecen de suficiente entidad para ocasionar daños o contaminar el medio ambiente interjurisdiccional, por lo que devolvió las actuaciones a la justicia local (fs. 32/36), cuyo titular, dio por trabada la contienda y la elevó directamente a V.E. (fs. 39).

Toda vez que no surge de la causa elemento probatorio alguno que permita verificar la existencia de degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales -artículo 7° de la ley 25.676- (Fallos: 329:2316), ni la apelación de las multas impuestas a la curtiembre ha sido promovida para impugnar una decisión de la Autoridad de Cuenca, sino de un organismo dependiente de la provincia de Buenos Aires, del cual el juzgado federal no es revisor, opino que corresponde a la justicia provincial continuar conociendo en la causa (confr. Fallos: 331:1622). Buenos Aires, 12 de febrero de 2014. *Eduardo Ezequiel Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de julio de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que entre el Juzgado en lo Correccional n° 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora y el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de Morón, ambos con asiento en la Provincia de Buenos Aires, se originó una contienda negativa de competencia en torno a la causa iniciada con motivo del recurso de apelación deducido por la firma “José y Salvador Sirica” [situada en el Partido de Lanús y dedicada a la curtiembre de cuero vacuno] contra la decisión de la Dirección Provincial de Controladores Ambientales del Organismo Provincial de Desarrollo Sostenible de la Provincia de Buenos Aires. Esta agencia aplicó a la recurrente tres sanciones de multa por las sumas de \$ 14.060 [equivalente a veinte sueldos básicos de la Administración Pública Provincial], \$ 14.060 y \$ 10.545 [equivalente a quince unidades como la mencionada] por haber almacenado residuos especiales en recintos no separados, por no contar con un sistema de recolección y concentración de posibles derrames, por no llevar un libro de operaciones, y por carecer de la declaración jurada de residuos especiales y su habilitación, todo ello en infracción a la ley provincial 11.720, de Generación, Manipulación, Almacenamiento, Transporte, Tratamiento y Disposición Final de Residuos Especiales (fs. 5/9).

2°) Que en cuanto aquí concierne, cabe señalar que frente a la sanción impuesta por el organismo provincial (fs. 5/9), la firma “José y Sal-

vador Sirica” dedujo recurso de apelación, que fue concedido, elevándose las actuaciones al juzgado correccional en turno, por intermedio de la Cámara de Apelaciones y Garantías del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.

El juez correccional local se declaró incompetente para entender en el recurso deducido contra lo resuelto por el órgano provincial mencionado, al considerar que la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo, creada por ley 26.168, a la cual adhirió la Provincia de Buenos Aires mediante la sanción de la ley 13.642, tiene por cometido la regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia en la cuenca, pudiendo intervenir administrativamente en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales. En virtud de ello, y de lo decidido por la Corte Suprema en la causa “Mendoza”, el magistrado estadual consideró que correspondía atribuir competencia a la justicia federal, en detrimento de las atribuciones de la provincia, puesto que se trata de una industria operativa en el área hidrográfica Matanza-Riachuelo que —al estar emplazada en el Partido de Lanús— es susceptible de ser relevada como potencial agente contaminante de la cuenca (art. 1º, segundo párrafo, ley 26.168), además se trata de una empresa dedicada al curtido de cueros que ha sido multada por las omisiones verificadas en el establecimiento, con anclaje en las normas provinciales.

También subraya el juez provincial que se trata de una compañía potencialmente capaz de convertirse —en razón de la actividad desarrollada— en agente contaminante de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, ya sea por vertidos, por emisiones gaseosas, o fuera por omitir adecuar las instalaciones a las exigencias técnicas en aras de conjurar cualquier peligro de ese calibre, de modo que corresponde subordinarla al monitoreo de la Autoridad Ejecutiva ad hoc del Estado Nacional, de conformidad con los principios de congruencia y prevención del art. 4º de la ley 25.675. Desde esta perspectiva, el tribunal concluye que, sin importar cuál haya sido la oficina preventora ni la ley local invocada con ese propósito de inspección, las prerrogativas de la provincia deben desplazarse en favor de la magistratura federal habida cuenta del patronazgo ambiental instituido a partir de la sanción de la ley 26.168.

3º) Que, por su parte, el juez federal de Morón decidió no aceptar la competencia atribuida, por entender que el juzgado correccio-

nal en turno es el que debe intervenir como tribunal de alzada de las sanciones impuestas por el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, y porque sólo corresponde a la justicia federal actuar como tribunal revisor de las sanciones impuestas por ACUMAR. Desde esta visión, indicó que la labor de dicho organismo no ha sido entorpecida o alterada por la actividad desarrollada por la agencia interviniente de la Provincia de Buenos Aires, autoridad que, por su parte, hizo uso de sus facultades de controlar el cumplimiento de la normativa vigente; también añadió que tampoco se observan sucesos con suficiente entidad para ocasionar daños o contaminar el medio ambiente de la cuenca del Riachuelo Matanza (fs. 32/37).

A su turno, el juez provincial mantuvo su postura y dispuso elevar la causa al Tribunal para que dirima el conflicto (fs. 39).

4°) Que el señor Procurador Fiscal ante la Corte opinó, con cita de Fallos: 329:2316 y 331:1622, que le correspondía continuar con la investigación a la justicia local, ya que no surgía de la causa elemento probatorio alguno que permita verificar la existencia de degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales (art. 7° de la ley 25.676), ni la apelación de las multas impuestas a la curtiembre ha sido promovida para impugnar una decisión de la Autoridad Nacional de Cuenca, sino de un organismo dependiente de la Provincia de Buenos Aires, del cual el juzgado federal no es tribunal revisor (fs. 42/43).

5°) Que debido a las circunstancias que singularizan el conflicto de competencia negativa suscitado entre los magistrados intervinientes, no puede prescindirse de considerar los decisivos elementos de la causa consistentes en que, aún cuando la decisión administrativa impugnada proviene de la actuación de un organismo local, la curtiembre sancionada se encuentra asentada en el territorio de la Cuenca Matanza-Riachuelo, en el especial Polo Industrial de Lanús (Rucci 442, Valentín Alsina, Partido de Lanús), cuyo ámbito se encuentra sujeto al control y fiscalización de la ACUMAR; en que esa empresa recurrente se halla registrada bajo el n° 624 del público listado o cuadro de industrias declaradas “agentes contaminantes”; y en que, además, dicha peticionaria acredita la aprobación de un “programa de reconversión industrial (PRI), bajo n° 425” según puede verse en la página web de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo.

Sobre la base de la plataforma fáctica mencionada, la intervención del Juzgado Federal de Morón n° 2 deviene insoslayable, con arreglo al genuino alcance de la competencia asignada en la sentencia dictada por el Tribunal en la causa “Mendoza”, con fecha 8/7/2008 (Fallos: 331:1622), como también de la regla fijada en el considerando 5° del pronunciamiento de fecha 10/11/2009 (Fallos: 332:2522) en ese mismo asunto, que desplaza la competencia ordinaria a favor de la justicia federal indicada en procesos que exhiben un contenido que está —expresa o implícitamente— comprendido dentro de los mandatos impuestos a la ACUMAR y cuya ejecución de sentencia fue encomendada al juzgado indicado.

6°) Que, en el caso, frente a la confluencia jurisdiccional que suscita la naturaleza de las infracciones verificadas, la prevalencia del cometido asignado a la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo por medio de la ley 26.168, a la que adhirió la Provincia de Buenos Aires mediante ley 13.642, como también la unidad de jurisdicción originaria, revisora y por vía de litispendencia puesta en manos del magistrado federal indicado en el marco de la implementación del Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca, justifican suficientemente poner a su cargo el conocimiento de este asunto.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las presentes actuaciones el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de Morón, a quien se le remitirá el expediente. Hágase saber al Juzgado en lo Correccional n° 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.

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

MALOSSI, NOEMÍ ADRIANA c/ E.N.A. - O.N.A.B.E.
s/ PRESCRIPCIÓN ADQUIS.

USUCAPION

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la acción de prescripción adquisitiva del dominio deducida por quien declaró adquirido por usucapion un inmueble, pues no existen actos posesorios realizados a título de dueño durante el lapso de 20 años para usucapir; prueba que tiene que ser plena e indubitable, demostrativa y sin ninguna clase de duda, de que están cumplidos todos los requisitos de la ley para poder adquirir por prescripción, sumado a que las constancias de la licitación y del juicio de lanzamiento llevan a considerar que el Estado Nacional y el Organismo Nacional de Administración de Bienes, se comportaron siempre como dueños del terreno objeto del litigio sin reconocer ningún derecho a la actora sobre aquél.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA

A los fines de adquirir por prescripción el dominio de un inmueble, resulta necesario que la parte acredite fehacientemente haber entrado en la posesión de la cosa, realizando actos de naturaleza de los señalados por el art. 2373 del Código Civil y que se mantuvo en el ejercicio de esa posesión en forma continua durante los veinte años necesarios para adquirir el dominio por el medio previsto en el art. 2524 inc. 7° de aquel (art. 4015 código cit.), y que el pretense poseedor no sólo tenga la cosa bajo su poder, sino que sus actos posesorios se manifiesten de forma tal que indiquen su intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad, elemento subjetivo que importa no reconocer la titularidad del dominio en otro.

ACTOS POSESORIOS

La posesión no debe confundirse con la simple tenencia de las cosas que contemplan los arts. 2352 y 2461 del Código Civil, pues para que se configure la posesión en el concepto legal de esta palabra es necesario que el poseedor no solo tenga la cosa bajo su poder sino que esa posesión se manifieste con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad, o mejor dicho, con la intención de comportarse respecto a esta cosa como propietario de ella (art. 2351 del Código Civil), y además,

la cuestión depende no solo de la voluntad y la acción del pretendiente sino también de la pasividad del que tenía la posesión.

ACTOS POSESORIOS

El pago de impuesto constituye una exteriorización del animus posesorio y tiene un valor meramente complementario, pero es un elemento válido de especial consideración cuando las obligaciones tributarias se cumplen regularmente en los términos periódicos de vencimientos o, cuando su pago, aunque tardíos, es el resultado de una conducta espontánea e independiente de la eventual acción judicial.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de julio de 2014.

Vistos los autos: “Malossi, Noemí Adriana c/ E.N.A. — O.N.A.B.E. s/ prescripción adquis.”.

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, admitió el recurso de apelación interpuesto por la actora, revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar a la acción de prescripción adquisitiva del dominio deducida por Noemí Adriana Malossi. En consecuencia, declaró adquirido por usucapión el inmueble sito en la calle Chile 2578 de la ciudad de Mendoza y ordenó la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble a fin de publicitar la titularidad de dominio a favor de la actora (fs. 528/533).

2º) Que contra el pronunciamiento señalado, el Estado Nacional y el Organismo Nacional de Administración de Bienes (O.N.A.B.E.) interpusieron sendos recursos ordinarios y extraordinarios (fs. 554/556, 562/563, 564/580 y 581/594). El a quo declaró admisibles los primeros y rechazó los recursos extraordinarios incoados (fs. 621/624 y 650/651), dando lugar esa denegatoria a la interposición de las quejas por parte del Estado Nacional y el ONABE. El memorial del recurso ordinario fue presentado a fs. 664/685 y respondido a fs. 688/698.

3°) Que, para decidir como lo hizo, el sentenciante sostuvo que la acción de lanzamiento o desalojo entablada por la accionada el 4 de marzo de 2005 tiene virtualidad interruptiva del curso de la prescripción adquisitiva, y no así, el proceso licitatorio iniciado por el ONABE en el año 1997 tendiente a la venta del inmueble a usucapir, por considerar que no reúne ninguna de las condiciones mínimas para ser interpretada como demanda. A partir de ello, analiza la existencia de actos posesorios en forma ininterrumpida y pacífica por el término de 20 años antes de aquella primera fecha indicada, es decir al menos desde el mes de marzo de 1985. A tal efecto, valora como prueba de la posesión, la existencia de actas o partidas de nacimiento donde se denuncia como domicilio de los padres el inmueble que se pretende usucapir, como —en el mismo sentido— algunos testimonios de vecinos que afirman que la actora vivía allí hace más de 43 años. También se menciona la existencia de libretas escolares de los hijos de la actora que consignan como domicilio real el bien que motiva la litis.

Como elemento de vital importancia que a su criterio acredita la posesión invocada, el a quo señala la existencia de un contrato de comodato celebrado por la accionante en el mes de junio del año 1985 con la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, en virtud del cual ésta cedía gratuitamente y a título precario un *“modulo de estructura metálica de caños de 5 cm. x 3 cm., con sus respectivas soldadura -superficie de 6 mts. de largo por 3 m. de ancho. Con altura máxima de 2,40 mts. y mínima de 1,70 mts.”*... *“dejándose constancia que dicha estructura se instala en el domicilio sito en la calle Chile”*. Reconoce la alzada que en punto al pago de los impuestos sólo existe una boleta del año 1994, tres del año 1997 y que la mayoría son de los años 2004 y 2005, que es el período durante el cual se realizó el cierre perimetral del predio. Pero no obstante la carencia probatoria en este aspecto, la justifica señalando que *dada la precaria situación económica de la actora... no es esperable que la accionante hubiese pagado los tributos por el término de 20 años o más.*

Por último, aun reconociendo también que la actora ocupó una porción del terreno pretendido, —que es donde se encuentra emplazada la vivienda—, la cámara considera irrelevante determinar qué partes del inmueble objeto del juicio fueron poseídas por la actora, por cuanto sostiene que la cosa forma un solo cuerpo que no se puede poseer una parte de él sin poseerlo todo y ello vale para los actos posesorios que se

dicen ejercidos y que habrían consistido en la erección de una vivienda sobre el predio que intentan adquirir por prescripción.

4º) Que el recurrente en su memorial se agravia pues considera que el a quo omitió expedirse sobre la naturaleza del terreno cuya usucapación se persigue, alegando que se trata de un bien del dominio público y por ende no susceptible de ser adquirido por prescripción. Por lo demás, sostiene que la cámara se aparta de las constancias de autos, realizando una manipulación de las pruebas incorporadas a la causa y una errónea interpretación de la posesión y de los actos posesorios que avalan sus conclusiones. Alega asimismo que la sentencia es arbitraria por cuanto la actora no acreditó la realización de actos posesorios por el término establecido en la ley, que el llamado a licitación es un acto interruptivo y que las sentencias en las usucapiones son constitutivas del derecho y no declarativas de un derecho preexistente.

5º) Que previo a todo es preciso señalar que en virtud de la mayor amplitud de la jurisdicción ordinaria de este Tribunal (doctrina de Fallos: 266:53; 306:1409 y 326:4909, entre otros), corresponde tratar en primer término el recurso ordinario de apelación deducido por el Estado Nacional. A tal fin es dable también destacar que los jueces no están obligados a tratar todos los argumentos utilizados por las partes sino sólo aquéllos que estimen decisivos para la solución del caso (Fallos: 301:970; 303:135; 307:951; 329:1951).

6º) Que el recurso ordinario de apelación resulta, en principio, formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6º, del decreto-ley 1285/58, sus modificaciones y la resolución de esta Corte 1360/91.

7º) Que, en primer lugar, corresponde tratar el agravio relativo al carácter de bien perteneciente al dominio público del Estado que el recurrente le asigna al inmueble en cuestión.

En este punto, no asiste razón al apelante. En efecto, de las constancias de la causa no se desprende que el bien que la actora pretende adquirir por prescripción reúna las condiciones exigidas por esta Corte para ser considerado una “obra pública construida para utilidad o comodidad común...”, en los términos del art. 2340, inc. 7º, del Código

Civil. Concretamente, para que un bien forme parte del dominio público del Estado, el tribunal ha exigido la “consagración real y efectiva al uso público o servicio público” (Fallos: 194:210; 242:168; 328:3590) y el recurrente no solo no ha logrado demostrar tal extremo, sino que, por el contrario, de la prueba producida en autos y de sus propias afirmaciones surge que en el año 1997 el ONABE llamó a licitación para la venta del predio (fs. 679), sin haber probado ni alegado que esa venta tuviera por finalidad asignar el bien a algún uso o servicio público (Fallos: 295:1005).

8º) Que sin perjuicio de ello a los fines de adquirir el dominio de ese modo, resulta necesario que la parte acredite fehacientemente haber entrado en la posesión de la cosa, realizando actos de naturaleza de los señalados por el art. 2373 del Código Civil y que se mantuvo en el ejercicio de esa posesión en forma continua durante los veinte años necesarios para adquirir el dominio por el medio previsto en el art. 2524 inc. 7º de aquel (art. 4015 código cit.) (Fallos: 291:139). Es necesario que el pretense poseedor no sólo tenga la cosa bajo su poder, sino que sus actos posesorios se manifiesten de forma tal que indiquen su intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad; este elemento subjetivo importa no reconocer la titularidad del dominio en otro (Fallos: 311:2842 y 328:3590).

Que según es jurisprudencia de esta Corte, la comprobación de tales extremos debe efectuarse de manera insospechable, clara y convincente. Ello así, toda vez que la posesión veinteañal constituye un medio excepcional de adquisición de dominio (Fallos: 123:285; 284:206; 291:139). No basta con que se acredite un relativo desinterés por el inmueble por parte de la demandada, sino que es necesaria la cabal demostración de los actos posesorios efectuados por quien pretende usucapir y que sean lo suficientemente idóneos como para poner al propietario, que debe haber tenido conocimiento de ellos, en el trance de hacer valer por la vía que corresponde los derechos que le han sido desconocidos (Fallos: 326:2048).

De las constancias incorporadas a la causa se desprende que la actora ocupa una pequeña fracción de terreno en un predio de aproximadamente 3000 m² (fs. 1 y 6/7) y junto a la que habita existe también otra vivienda, ambas precarias, que ocupa la familia de su hermana (ver declaraciones testimoniales de fs. 330/331 y acta notarial de fs. 273/274). Esa circunstancia también se encuentra acreditada en las

actuaciones sobre desalojo (Expte. 25.430 “ONABE c/ Malossi, Noemí y otro s/ lanzamiento ley 17.091), donde se dictó sentencia —que se encuentra firme y ejecutoriada— ordenando el lanzamiento de los ocupantes del predio “con exclusión de las casa habitaciones que detentan los ocupantes de las viviendas” descriptas en el acta de constatación allí agregada.

Los testimonios obrantes en autos son contestes también en afirmar que si bien la familia Malossi ocupaba parte del predio desde hace más de 50 años, siempre reconocieron la propiedad del ferrocarril (fs. 330, 331 y 348). Otro aspecto que corresponde destacar es que la misma actora informa que el permiso de conexión de agua y cloaca recién lo efectuó en el año 2004. También describen los testigos, que en ese época se comenzó a cerrar el terreno con chapas y la hermana de la accionante hace hincapié en su declaración que el cerco perimetral no pudo ser efectuado por la actora por carecer de dinero para ello y que no puede responder sobre la autoría del cerramiento por encontrarse amenazada. Su esposo fue más explícito en señalar (respecto de los cambios que se suscitaron en el predio a partir aproximadamente del año 2004), que no aceptó la propuesta de un hombre que les ofrecía quedarse con el terreno completo a cambio de que le entregaran a él una parte del predio, mientras a su criterio, la familia de la accionante aceptó que ese hombre cerrara e hiciera cocheras dentro del mismo (fs. 330).

Aun cuando la prueba acompañada con la demanda (libretas escolares, certificados de nacimiento) da cuenta de que la actora se domiciliaba en el inmueble objeto de la litis, tales constancias documentales no autorizan a presumir la calidad de poseedora que alega. Tampoco reviste entidad suficiente a tal fin, el contrato de comodato celebrado por la accionante en el año 1985 con la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza en virtud del cual ésta cedía gratuitamente y a título precario un módulo de estructura metálica de caños y que fuera instalado en el domicilio sito en la calle Chile. Las características propias de esas construcciones transitorias, efímeras o perecederas, no autorizan a considerarlas como un elemento de vital importancia probatoria como lo hiciera la cámara o como actos posesorios en los términos del art. 2384 del Código Civil.

9º) Que es del caso recordar que la posesión no debe confundirse con la simple tenencia de las cosas que contemplan los arts. 2352 y

2461 del Código Civil. Para que se configure la posesión en el concepto legal de esta palabra es necesario que el poseedor no sólo tenga la cosa bajo su poder sino que esa posesión se manifieste con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad, o mejor dicho, con la intención de comportarse respecto a esta cosa como propietario de ella (art. 2351 del Código Civil).

Además, la cuestión depende no solo de la voluntad y la acción del pretendiente sino también de la pasividad del que tenía la posesión (Salvat Raymundo, Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales, actualizado por Manuel J. Argañarás, T. II, pág. 232/233).

Mediante expediente ENABIEF 164/97 licitación pública 12/97, el Estado Nacional inició un proceso de licitación para la venta de la totalidad del predio, respecto del cual no se acreditó que la actora hubiera opuesto o manifestara alguna objeción al respecto, máxime frente a todos los actos de publicidad que emanaron de este proceso licitatorio, de que dieron cuenta algunos de los testigos y que exteriorizaba la voluntad del poseedor propietario de disponer del bien. Por otra parte, esta pasividad importó un reconocimiento de la titularidad del predio más allá de ser considerado o no un acto interruptivo del plazo de una eventual prescripción que estuviera corriendo.

Los pagos de impuestos o servicios que la actora acompaña para justificar su pretensión, no acreditan tampoco la ocupación a título de poseedor durante el lapso de 20 años, dado que el más antiguo de los comprobantes agregados data de septiembre de 1994 y refiere al pago del servicio de luz que sólo acredita el uso del inmueble (fs. 75). Los demás son de los años 1997 y 1998 (fs. 25/30) y la gran mayoría (también de electricidad, de la Municipalidad de Mendoza y Telefónica) —como lo reconoce la misma accionante y la alzada— corresponden a los años 2004 y 2005 que es cuando se efectuó el cierre perimetral metálico y comenzó a gestionarse administrativamente la confección del plano de mensura. Ello pone en evidencia que la finalidad de estos actos ha sido la preparación de la prueba para el presente pleito ante la ausencia del elemento subjetivo que importara el desconocimiento de la titularidad de dominio en otro y su comportamiento como dueño con anterioridad a esa fecha.

El pago de impuesto constituye una exteriorización del *animus* posesorio y tiene un valor meramente complementario, pero es un elemento válido de especial consideración cuando las obligaciones tri-

butarias se cumplen regularmente en los términos periódicos de vencimientos o, cuando su pago, aunque tardíos, es el resultado de una conducta espontánea e independiente de la eventual acción judicial.

10) Que la comprensión global y entrecruzada de los aspectos fácticos ventilados en la causa lleva a considerar que no existen actos posesorios realizados a título de dueño durante el lapso de 20 años para usucapir. La prueba tiene que ser plena e indubitable, demostrativa y sin ninguna clase de duda, de que están cumplidos todos los requisitos de la ley para poder adquirir por prescripción. Además, las constancias de la licitación y del juicio de lanzamiento llevan a considerar que el Estado Nacional y el Organismo Nacional de Administración de Bienes (ONABE) demandados se comportaron siempre como dueños del terreno objeto del litigio sin reconocer ningún derecho a la actora sobre aquél.

11) Que las consideraciones precedentes tornan innecesario examinar los agravios expresados en los recursos extra-ordinarios interpuestos por los demandados, cuya denegación dio origen a las quejas M.821.XLVII y M.854.XLVII. Asimismo y por no haberse presentado el correspondiente memorial de agravios, procede declarar desierto el recurso ordinario de apelación deducido por el Organismo Nacional de Administración de Bienes.

Por ello, se resuelve: I) Declarar procedente el recurso ordinario interpuesto por el Estado Nacional, revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). II) Declarar desierto el recurso ordinario interpuesto por el Organismo Nacional de Administración de Bienes. III) Declarar inoficioso el pronunciamiento del Tribunal en los recursos de hecho M.821.XLVII y M.854.XLVII. Reintegrar los depósitos de fs. 87 (M.821.XLVII) y fs. 2 (M.854.XLVII). IV) Agregar copia de la presente a los recursos de hecho. Notifíquese, devuélvanse los autos y archívense las quejas.

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

Recurso ordinario interpuesto por el Estado Nacional — Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, codemandado en autos, representado por el Dr. José Miguel Abdala y por la Dra. Mónica Beatriz Sachakian, —memorial de agravios— y por el Organismo Nacional de Administración de Bienes, codemandado en autos, representado por el Dr. Francisco Jorge Riveros.

Traslado contestado por **Adriana Noemí Malossi**, actora en autos, representada por el **Dr. Martín Zapata**, en calidad de apoderado.

Recurso de hecho interpuesto por el **Estado Nacional — Ministerio de Economía y Finanzas Públicas**, codemandado en autos, representado por la **Dra. Mónica Beatriz Sachakian**, en calidad de apoderada; y por el **Organismo Nacional de Administración de Bienes**, codemandado en autos, representado por el **Dr. Marcelo Eduardo Varela**, con el patrocinio letrado del **Dr. Eduardo Adrián Olano**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Sala A**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de la ciudad de Mendoza**.

NSS SA c/ GCBA s/PROCESO DE CONOCIMIENTO

TELECOMUNICACIONES

Cabe confirmar parcialmente la sentencia que declaró la ilegitimidad de la pretensión de cobrar a la actora -titular de una licencia para prestar el servicio de telefonía fija local, de telefonía de larga distancia nacional e internacional y del servicio de telefonía pública-, el gravamen por el uso y ocupación de la superficie, espacio aéreo y subsuelo de la vía pública, pues la pretensión tributaria local de gravar tal uso diferencial con la gabela indicada “constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación (incs. 13, 14, 18 Y 32 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.

TELECOMUNICACIONES

El hecho de que el servicio de telecomunicaciones sea prestado por diversas empresas privadas en un régimen de competencia -con una minuciosa regulación- no altera la calidad de servicio público reconocido a aquél por la ley 19.798 ni excluye la protección dada por el legislador a través del art. 39 de ese ordenamiento- uso diferencial del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, con carácter temporario o permanente, previa autorización y exención de gravamen-.

TELECOMUNICACIONES

Cabe revocar la sentencia que declaró la ilegitimidad de la pretensión de cobrar a la actora -titular de una licencia para prestar el servicio de telefonía fija local, de telefonía de larga distancia nacional e internacional y del servicio de telefonía pública-, la tasa por el estudio, revisión e inspección de obras en la vía pública, pues mediante ella no se está gravando el uso diferenciado del dominio público -que cuenta con la exención del art. 39 de la ley 19.798-, sino que se trata de una contribución vinculada con la prestación de tales servicios y respecto de la cual no se advierten motivos que obsten a su validez.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

A fs. 545/549, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior (ver fs. 462/466) y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda promovida por NSS S.A., declarando la ilegitimidad de la pretensión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA en adelante) de cobrar a la actora el “gravamen por el uso y la ocupación de la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo de la vía pública” (arts. 248 y cc. del Código Fiscal, t.o. en 2000, y art. 36 de la ley 321, tarifaria para dicho ejercicio fiscal), de la “tasa de estudio, revisión e inspección de obras en la vía pública y/o espacios de dominio público” (arts. 249 y cc. del mismo texto legal, y art. 37 de la ley 321), como así también de su decisión de condicionar la emisión y entrega de los permisos para ejecutar obras en la vía pública al previo pago de dichos gravámenes.

En primer lugar, tuvo por acreditado que la actora es titular de una licencia para prestar el servicio de telefonía fija local, de telefonía de larga distancia -nacional e internacional- y del servicio de telefonía pública (resoluciones de la Secretaría de Comunicaciones 4.166/99, 132/01 y 167/02, respectivamente), los que involucran el desarrollo de un servicio público de telecomunicaciones.

Indicó que ello no se ve modificado por el hecho de que el decreto 764/00 haya incluido dentro del marco de la red pública nacional de te-

lecomunicaciones la posibilidad de prestar otros servicios (valor agregado, internet, etc.).

Seguidamente, rechazó las argumentaciones de la demandada con relación a la falta de vigencia del art. 39 de la ley 19.798, al sostener que no fue derogado por la ley 22.016, a la vez que refutó los planteamientos dirigidos a cuestionar su constitucionalidad. Recalcó que en modo alguno puede entenderse que la limitación a la potestad tributaria provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) contenida en tal ley pueda considerarse que afecte la autonomía de dichos estados locales.

Por último, con cita de precedentes de esa Corte, destacó que tributos como los aquí involucrados constituyen un inequívoco avance sobre la reglamentación que ha hecho el Gobierno Nacional, desconociendo el ámbito de protección otorgado por normas federales a un servicio público interjurisdiccional. De ese modo, y dado que la demandada no aportó nuevos argumentos que permitieran revisar los fundamentos de la clara doctrina jurisprudencial señalada, desestimó sus agravios y confirmó la decisión recurrida.

-II-

Disconforme con lo resuelto por el a quo, el GCBA presentó el recurso extraordinario que obra a fs. 553/567.

Tras expresar que no pretende revisar en esta instancia de excepción cuestiones de hecho, aduce, en primer lugar, que las sentencias anteriores no realizaron una exégesis adecuada de los institutos en juego, toda vez que la tasa por el estudio, revisión e inspección de la obras no constituye un “gravamen”, y porque el concepto restante no es un tributo sino un “canon” que se cobra por el uso del espacio perteneciente al dominio público (subterráneo en la especie), configurando un alquiler, motivo por el cual, además, tilda a la sentencia apelada de arbitraria, por apartarse de las constancias de la causa, y por aplicar erróneamente las normas involucradas.

Esgrime que, como consecuencia de lo anterior, se ha extendido la aplicación del art. 39 de la ley 19.798 a situaciones no contempladas en él, ya que ninguno de ambos conceptos cuestionados consiste en un “gravamen”.

Agrega que la actora no presta un servicio público, ya que su actividad la desarrolla en régimen de competencia.

A fs. 589, la Cámara concedió parcialmente el recurso, en cuanto se encuentra en juego la interpretación y alcance de normas federales, rechazándolo en lo relativo a la arbitrariedad planteada. A raíz de tal decisión, la demandada interpuso el recurso de hecho del expediente N.253, L.XLVIII, “NSS S.A. c. GCBA s/ proceso de conocimiento”, que corre por cuerda.

-III-

Estimo que un orden jurídicamente lógico impone tratar en primer lugar los agravios de la recurrente -vertidos en la queja- dirigidos a cuestionar la sentencia apelada por arbitraria, toda vez que es doctrina firme de ese Tribunal que, cuando en el recurso extraordinario se aduce la distinta interpretación de una norma federal y el vicio de sentencia arbitraria, este último planteamiento debe ser considerado de forma liminar, puesto que, de existir la mácula indicada, no habría sentencia propiamente dicha (arg. Fallos: 312:1034 y sus citas).

-IV-

Debe ponerse de relieve, en primer término, que se halla fuera de debate en esta instancia excepcional que la actora resulta prestadora del servicio de telefonía básico, y que éste ha sido definido por las autoridades nacionales competentes como un servicio público.

En efecto, la resolución 4.166/99 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación le otorgó la correspondiente licencia para brindar el servicio de telefonía básica local, ampliado luego por las resoluciones 132/01 y 167/02 para los servicios de telefonía de larga distancia -nacional e internacional- y de telefonía pública.

Por ende, carece de todo asidero el intento argumental de la demandada tendiente a poner en tela de juicio que NSS SA preste un servicio público de telecomunicaciones.

-V-

El siguiente motivo de arbitrariedad achacado a la decisión de la cámara radica en que ninguno de los dos conceptos de cuya legitimidad se trata son “gravámenes” y que, consecuentemente, mal podrían encuadrar en la norma de liberación del art. 39 de la ley 19.798.

Al respecto, adelanto que tales razonamientos deben ser enfáticamente rechazados puesto que no tienen fundamento alguno, toda vez

que ambos institutos involucran el ejercicio del poder tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En efecto, los arts. 243 y 248 del Código Fiscal para el ejercicio 2000 -similar en su redacción a los textos de los demás períodos fiscales involucrados; ver arts. 333 y 338 del Código Fiscal vigente a la fecha, t.o. en 2012 por decreto 193/2012, con las modificaciones introducidas por la ley 4.469-, establecen un gravamen en los siguientes términos “*La ocupación y/o uso de la superficie, el subsuelo y el espacio aéreo de la vía pública obliga al pago de un gravamen con las tarifas y modalidades que establezca anualmente la Ley Tarifaria*”, especificando el art. 248- que “*Por el uso y ocupación de la superficie, el subsuelo y el espacio aéreo con postes, contrapostes, puntales, postes de refuerzo, sostenes para apoyo, cables, tensores, cámaras, cañerías, canalizaciones y/o cabinas, cualquiera fuera el uso a que estuvieran destinados, se pagará trimestralmente un impuesto conforme a las prescripciones de la Ley Tarifaria*” (subrayado añadido).

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

Es por ello que ha de repararse en que el propio legislador local ha caracterizado al instituto de que se trata de “gravamen” primero, y de “impuesto” después, por lo cual -más allá de su concreta adscripción a una u otra especie de tributo- es indudable que no tiene asidero alguno el argumento de la demandada tendiente a quitarle naturaleza tributaria a su pretensión, para llevarla al ámbito contractual y destacar, como intenta de manera falaz, que es el precio por el alquiler del dominio público (confr., por ejemplo, fs. 559 *in fine*).

A mi modo de ver, no cabe duda de que se trata de un tributo, es decir de una “contribución” en los términos de los arts. 4° y 17 de nuestra Constitución Nacional, de inocultable naturaleza tributaria, toda vez que consiste en 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.

Tal como ha dicho V.E. en la sentencia de Fallos: 334:1198, “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 8°)”.

De igual manera ocurre con el restante instituto aquí en cuestión, esto es el contemplado en el art. 249 del Código Fiscal vigente en el ejercicio 2000 -de similar redacción al art. 339 de ese cuerpo normativo, t.o. en 2012-, en cuanto dispone que “Las empresas que soliciten permisos para ocupar la vía pública con trabajos que impliquen la realización de canalizaciones a cielo abierto en aceras y calzadas o la ocupación del subsuelo mediante el uso de equipos de perforación dirigida deberán abonar la Tasa de Estudio, Revisión e Inspección de Obras en la Vía Pública y/o Espacios de Dominio Público con las condiciones y modalidades que fija la Ley Tarifaria”.

En conclusión, estamos ante sendas prestaciones de carácter tributario y, como tales, debe encararse el estudio de ellas a los fines de determinar su encuadramiento en las disposiciones del art. 39 de la ley 19.798.

En lo atinente a este precepto, es menester ratificar una vez más su vigor -en respuesta a los embates de la demandada en cuanto a insistir en su derogación por la ley 22.016-, a la luz de lo reiteradamente expresado por V.E. (conf. Fallos: 320:162; T.197, L.XXVII, “Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de Santa Rosa s/ acción meramente declarativa”, del 27 de febrero de 1997; T.125, L.XXXIII, “Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de General Pueyrredón s/ acción declarativa”, del 21 de agosto de 1997; T.124, L.XXXIV, “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ acción procesal administrativa”, del 29 de febrero de 2000; T.332, L.XLII, “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ repetición”, del 23 de marzo de 2010; Fallos: 334:139, “IMPSAT SA c/ GCABA - ley 19.798, del 2 de marzo de 2011).

-VI-

Una vez que ha quedado despejado lo anterior, cabe entonces centrarse en el último de los agravios de la recurrente, referido a la interpretación del art. 39 *in fine* de la ley 19.798, en cuanto establece que, a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones, el uso diferencial del espacio correspondiente al dominio público nacional o local- “*estará exento de todo gravamen*”.

Al respecto, cabe recordar que, al tratarse de la inteligencia de una norma federal, 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).

Según lo pienso, su interpretación debe realizarse considerando de manera separada cada uno de los dos gravámenes involucrados en el *sub lite*.

-VII-

Con relación al tributo que grava la ocupación del subsuelo que realiza la actora (arts. 243, 248 y cc. del Código Fiscal -actuales arts. 333 y 338-), nada encuentro en el razonamiento del *a quo* que implique un apartamiento de los claros parámetros dados por la jurisprudencia de V.E. vertida en los precedentes citados en el acápite V.

En efecto, la pretensión tributaria local de gravar tal uso diferencial con la gabela indicada “*constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación (incisos 13, 14, 18 y 32 del art. 75 de la Constitución Nacional), 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 art. 31 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 137:212)*” (Fallos: 320:162, considerando 9°).

A mi modo de ver, en nada obsta a la aplicabilidad de la dispensa el hecho de que NSS S.A. utilice sus instalaciones subterráneas para prestar, paralelamente al servicio público de telecomunicaciones, otros de categoría jurídica diversa.

Debe tenerse en cuenta que es inveterado criterio del Tribunal que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 308:1745; 312:1098; 313:254). Y que, en materia de exenciones impositivas, es constante el criterio conforme al cual deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia de las normas que las establezcan (Fallos: 277:373; 279:226; 283:61; 284:341; 286:340; 289:508; 292:129; 302:1599) y que su interpretación debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general de las leyes y los fines que las informan (Fallos: 285:322, entre otros), ya que la primera regla de interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973).

A la luz de tales pautas interpretativas, considero que el beneficio del art. 39 de la ley 19.798 no se encuentra condicionado ni restringido en su aplicación al hecho de que el servicio público deba ser prestado de manera exclusiva con relación a otros servicios que puedan o no agregarse.

En efecto, ni de la letra de la ley, ni de la intención del legislador federal surge que aquellas empresas cuyas instalaciones indefectiblemente deban ocupar el espacio del dominio público local -para ser empleadas en el servicio de telecomunicaciones que la autoridad nacional competente ha considerado que reviste carácter de público- se vean despojadas del beneficio en trato -ni siquiera parcialmente- por el mero hecho de que aquella infraestructura sirva y sea empleada, de manera concomitante, para brindar servicios adicionales, aunque éstos no encuadren en la categoría jurídica mencionada.

Es más, tampoco puede sostenerse que el legislador haya circunscripto la dispensa únicamente al servicio público de telecomunicaciones conocido al momento de promulgación de la norma (22 de agosto de 1972), impidiendo que ella abarcase también a los demás servicios que, producto de la innovación tecnológica en la materia, pudieran inventarse. Por el contrario, la intención del legislador fue la opuesta, y ello surge con claridad a poco que se repare que el segundo párrafo de la nota que acompañó el proyecto de ley manifiesta que *“El propósito fundamental de este proyecto es adaptar la legislación a la realidad de nuestro país proponiendo al más fluido manejo de los sistemas de comunicaciones y a su racional utilización, ya sea en los antiguos como en los modernos medios de que dispone la técnica, o en otros a crearse”* (subrayado añadido).

Obsérvese que el resultado al que se llega de seguirse la tesisura del Fisco local implica anular completamente la franquicia por la circunstancia de que la evolución técnica habida desde la sanción de la ley 19.798 hasta estos días permite que, además del servicio público de telefonía, las instalaciones mencionadas sirvan para ofrecer y desenvolver servicios adicionales a los existentes en ese momento, dejando desguarnecido al primero, y privando de virtualidad en forma completa a la norma federal.

Por otra parte, y en lo que hace a la especie, el GCBA no alegó, ni mucho menos demostró, que la prestación de los demás servicios que no son catalogables como “públicos” se haga por otras instalaciones adicionales o diferenciadas, o que requiera un uso distinto del espacio del dominio público que el involucrado *per se* por los elementos reque-

ridos para la prestación de aquellos servicios de telecomunicaciones que sí son públicos.

En último término y con relación a este punto, destaco que no se halla en tela de juicio el poder de policía o de jurisdicción de la CABA en su propio ámbito, sino que se trata de si los poderes de policía y de imposición reconocidos a ella por la Constitución Nacional pueden menoscabar o dificultar el ejercicio, por parte de las autoridades federales competentes, de los poderes que las provincias y la CABA delegaron en la Nación para el logro de propósitos de interés general (confr. Fallos: 297:236). Ciertamente es que, en tanto los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121 de la Constitución Nacional) y los delegados a la Nación son definidos y expresos; pero no es menos que estos últimos no constituyen meras declaraciones teóricas, sino que necesariamente han de considerarse munidos de todos los medios y posibilidades de instrumentación indispensables para la consecución real y efectiva de los fines para los cuales se instituyeron tales poderes, en tanto éstos se usen conforme a los principios de su institución. De no ser así, aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron (arg. Fallos: 304:1186).

A ello cabe agregar que los poderes de policía e imposición locales no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional (arg. Fallos: 263:437 y 329:2975), ni justifiquen la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación toda (Fallos: 257:159; 270:11). El sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial y de la CABA; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar para la consecución eficaz de aquel fin. No debe verse aquí enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos, en vista de metas comunes (arg. Fallos: 304:1186 y 329:2975).

-VIII-

En lo atinente a la tasa por el estudio, revisión e inspección de obras en la vía pública, adelanto desde ya que discrepo de la sentencia recurrida en cuanto a su encuadramiento en la exención federal.

A mi juicio, se trata, en los hechos, de una tasa que retribuye la realización de una concreta actividad estatal, consistente en efectuar tareas de análisis, estudio, revisión y la inspección final de una serie de

obras llevadas a cabo en sus instalaciones ubicadas en la vía pública por empresas prestadoras de diversos servicios.

No se me escapa que una lectura apresurada del art. 249 del Código Fiscal del 2000 puede llevar al error de pensar que lo concretamente gravado es solicitar “permisos para ocupar la vía pública”, o bien “la ocupación del subsuelo”.

Sin embargo, es claro para mí que el gravamen prescinde completamente del hecho de la ocupación del dominio público, al tomar en cuenta de forma exclusiva un conjunto de actividades que preceptivamente debe realizar el GCBA, en ejercicio de su innegable poder de policía local y como encargado de la custodia de los bienes de su dominio público, consistentes estudiar el plan de trabajos en la vía pública que le presenten las empresas que los llevarán a cabo, como así en aprobarlos o no, en revisar las instalaciones mientras esas tareas se están practicando, y en verificar los trabajos de cierre definitivo de las aperturas que se hayan hecho en la calzada (confr. arts. 37 y 38 de la ley 321, tarifaria para el 2000, coincidente -en lo sustancial- en la calificación de los diversos servicios retribuidos por la tasa con los arts. 44 y 45 del anexo de la ley 4.470, tarifaria para el ejercicio 2013).

Ha sido clara esa Corte cuando afirmó que extender una franquicia más allá de la letra de la ley implicaría sustituir al legislador en su tarea, aspecto vedado a los tribunales (Fallos: 273:418), quienes no pueden juzgar el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus facultades propias, debiendo limitarse a su aplicación tal como estos las concibieron (Fallos: 277:25; 300:700).

Por ende, observo que la CABA no está aquí gravando el uso de bienes de dominio público en lo relativo a las instalaciones -ámbito de la exención del citado art. 39 de la ley 19.798- sino buscando la contribución para solventar las tareas de estudio, verificación e inspección de obras que allí se realizan. En otros términos, no se está sujetando a tributación el mero uso diferencial de bienes del dominio público o del espacio de éste (suelo, subsuelo o espacio aéreo), sino un servicio efectivamente brindado, consistente en vigilar la actuación que allí se efectúan -esporádicamente- todas aquellas empresas que hacen obras en la vía pública, con la potencial peligrosidad que ello representa para los viandantes y vehículos que por ella circulan.

-IX-

En virtud de lo expuesto, considero que debe declararse parcialmente admisible el recurso extraordinario de fs. 553/567 en lo tocante a la interpretación de normas federales, y confirmar la sentencia apelada en todas sus partes, excepto en lo atinente a lo expresado en el punto VIII de este dictamen, aspecto en el cual debe ser revocada. Buenos Aires, 19 de septiembre de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de julio de 2014.

Vistos los autos: “NSS S.A. c/ GCBA s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia de la instancia anterior (conf. fs. 462/466), hizo lugar a la demanda promovida por NSS S.A. y, en consecuencia, declaró la ilegitimidad de la pretensión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de cobrar a la actora el “gravamen por el uso y la ocupación de la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo de la vía pública” (arts. 248 y cctes. del Código Fiscal, t.o. en 2000, y art. 36 de la ley 321, tarifaria para el ejercicio fiscal de ese año), de la “tasa de estudio, revisión e inspección de obras en la vía pública y/o espacios de dominio público” (arts. 249 y cctes. del mismo texto legal, y art. 37 de la ley 321), como así también de su decisión de condicionar la emisión y entrega de los permisos para ejecutar obras en la vía pública al previo pago de dichos gravámenes.

2°) Que para decidir en el sentido indicado, en primer lugar, el a quo tuvo por acreditado —sobre la base de diversos actos administrativos cuya existencia y legitimidad no fue cuestionada— que la actora es titular de licencia para prestar el servicio de telefonía fija local, de telefonía de larga distancia —nacional e internacional— y el servicio de telefonía pública (resoluciones de la Secretaría de Comunicaciones 4166/99, 132/01 y 167/02, respectivamente).

Sentado lo que antecede, teniendo en cuenta que las aludidas licencias se encuentran regidas por la Ley Nacional de Telecomunicaciones (19.978), y en tanto los servicios referidos integran la red nacional de telecomunicaciones, la sala concluyó que “las prestaciones para las cuales ha sido habilitada NSS S.A. (telefonía pública y telefonía básica), forman parte del servicio público de telecomunicaciones” (fs. 546 vta.). Agregó que tal conclusión no se ve modificada por la variedad y ampliación de los servicios de telecomunicaciones (aun los de valor agregado), reconocida por el decreto 764/00 pues, en su concepto, “aparece a esta altura incuestionable el hecho de que las prestaciones para las que está habilitada y que lleva a cabo la actora, integran el marco del servicio público de telecomunicaciones” (fs. 546 vta.).

3°) Que, por otra parte, rechazó las argumentaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en relación a la falta de vigencia del art. 39 de la ley 19.798. Al respecto la cámara sostuvo que ese artículo no fue derogado por la ley 22.016, a la vez que refutó los planteamientos dirigidos a cuestionar su constitucionalidad. Sobre el particular puso de relieve que en modo alguno puede entenderse que la limitación a la potestad tributaria provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contenida en tal ley pueda considerarse que afecte la autonomía de dichos estados locales.

Por último, con cita de precedentes de esta Corte, el a quo destacó que tributos como los aquí involucrados constituyen un inequívoco avance sobre la reglamentación que ha hecho el Gobierno Nacional, desconociendo el ámbito de protección otorgado por normas federales a un servicio público interjurisdiccional. De ese modo, y dado que la demandada no aportó nuevos argumentos que permitieran revisar los fundamentos de la clara doctrina jurisprudencial que resulta de los aludidos precedentes, desestimó los agravios planteados por aquélla y confirmó la decisión del magistrado de la anterior instancia.

4°) Que contra tal sentencia, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dedujo recurso extraordinario (fs. 553/567) que, tras ser contestado por la actora, fue concedido en cuanto a la interpretación y alcance de normas de carácter federal y desestimado en lo relativo a la causal de arbitrariedad (conf. resolución de fs. 589). A raíz de tal decisión, la demandada interpuso el recurso de hecho —identificado como letra N.253. XLVIII— que corre agregado por cuerda.

5°) Que la recurrente aduce, en primer lugar, que las sentencias dictadas en los presentes autos no realizaron una exégesis adecuada de los institutos en juego, toda vez que la tasa por el estudio, revisión e inspección de obras no constituye un “gravamen”, y porque el concepto restante no es un tributo sino un “canon” que se cobra por el uso del espacio perteneciente al dominio público (subterráneo, en la especie), configurando un alquiler, motivo por el cual, además, tacha de arbitraria a la decisión del a quo, por apartarse de las constancias de la causa, y por aplicar erróneamente las normas involucradas.

Sostiene que, como consecuencia de lo anterior, se ha extendido la aplicación del art. 39 de la ley 19.798 a situaciones no contempladas en él, ya que, en su criterio, ninguno de los conceptos cuestionados consiste en un “gravamen”. Por otra parte, manifiesta que la actora no presta un servicio público ya que desarrolla su actividad en un régimen de competencia y, porque, en su criterio, “el servicio público de telecomunicaciones”, al que se refiere el citado art. 39, comprende sólo determinadas prestaciones —que se limitarían a los servicios de telefonía básica— distintas de las desarrolladas por la accionante.

6°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en cuanto se encuentra en discusión la inteligencia y alcances de una norma de carácter federal, como lo es el art. 39 de la ley 19.789 (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Asimismo, y toda vez que bajo la tacha de arbitrariedad, la apelante plantea agravios que se encuentran estrechamente unidos con la referida cuestión federal, ambos aspectos serán examinados en forma conjunta (confr. doctrina de Fallos: 301:1194; 307:493; 313:664, entre muchos otros).

7°) Que en primer lugar corresponde examinar el argumento del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires consistente en que, en su criterio, los conceptos impugnados por la actora no revisten el carácter de “gravámenes” y que, consecuentemente, mal podría resultarles aplicable la norma de liberación del art. 39 de la ley 19.798.

Tal agravio debe ser desestimado pues, como correctamente lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, ambos institutos involucran el ejercicio del poder tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En efecto, los arts. 243 y 248 del Código Fiscal para el ejercicio 2000 (similar en su redacción a los textos de los demás períodos fiscales involucrados confr. arts. 333 y 338 del Código Fiscal t.o.

en 2012 y sus modif.), establecen un gravamen en los siguientes términos: “La ocupación y/o uso de la superficie, el subsuelo y el espacio aéreo de la vía pública obliga al pago de un gravamen con las tarifas y modalidades que establezca anualmente la Ley Tarifaria”. El art. 248 especifica que “por el uso y ocupación de la superficie, el subsuelo y el espacio aéreo con postes, contrapostes, puntales, postes de refuerzo, sostenes para apoyo, cables, tensores, cámaras, cañerías, canalizaciones y/o cabinas, cualquiera fuera el uso a que estuvieran destinados, se pagará trimestralmente un impuesto conforme a las prescripciones de la ley tarifaria” (el subrayado es añadido).

8°) Que como surge de la transcripción que antecede, el propio legislador local ha caracterizado a la prestación relacionada con el uso o ocupación de espacios públicos de “gravamen” primero, y de “impuesto” después, por lo cual resulta inatendible el argumento de la representante del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tendiente a quitarle naturaleza tributaria a las cargas establecidas por las citadas normas locales, para —contradiendo el texto de las propias disposiciones— llevar esas cargas al ámbito contractual aduciendo que se trataría del precio por el alquiler del dominio público (confr. fs. 559 *in fine*).

9°) Que, en suma, y como bien lo destaca la señora Procuradora Fiscal, es una contribución de naturaleza tributaria pues las normas definen un presupuesto de hecho que, al verificarse en la realidad del caso concreto, da lugar a la obligación de ingresar al erario público una suma de dinero, en las condiciones establecidas por aquéllas, y cuyo cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia (confr. Fallos: 334:1198 y su cita, entre otros).

10) Que lo precedentemente expuesto resulta también aplicable en lo concerniente al art. 249 del Código Fiscal vigente en el ejercicio 2000 —de similar redacción al art. 339 de ese cuerpo normativo, t.o. en 2012—, en cuanto dispone que “Las empresas que soliciten permisos para ocupar la vía pública con trabajos que impliquen la realización de canalizaciones a cielo abierto en aceras y calzadas o la ocupación del subsuelo mediante el uso de equipos de perforación dirigida deberán abonar la Tasa de Estudio, Revisión e Inspección de Obras en la Vía Pública y/o Espacios de Dominio Público con las condiciones y modalidades que fija la Ley Tarifaria”.

11) Que, sentado lo que antecede, cabe examinar los agravios vertidos sobre la aplicación al caso del art. 39 de la ley 19.798. Esta norma establece que “a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones”, se destinará el uso diferencial del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, con carácter temporario o permanente, previa autorización de los respectivos titulares de la jurisdicción territorial para la ubicación de las instalaciones y redes; y dispone que ese uso “estará exento de todo gravamen”.

Al respecto, corresponde en primer lugar rechazar los agravios de la demandada en torno a la aducida derogación de esa norma por la ley 22.016. A tal fin, es suficiente remitir a los reiterados pronunciamientos de esta Corte en los que se consideró que el citado art. 39 permaneció en vigor tras el dictado de la ley 22.016 (conf. Fallos: 320:162; T.197.XXVII “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de Santa Rosa s/ acción meramente declarativa”, del 27 de febrero de 1997; T.125.XXXIII “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ acción declarativa”, del 21 de agosto de 1997; T.124.XXXIV “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ acción procesal administrativa”, del 29 de febrero de 2000; T.332.XLII “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ repetición”, del 23 de marzo de 2010; y Fallos: 334:139, “Impsat SA c/ GCABA - ley 19.798”, del 2 de marzo de 2011).

12) Que en lo que respecta al destino que deben tener las instalaciones que ocupan o hacen uso del espacio público para que resulte aplicable la exención de “todo gravamen” dispuesta en la última parte del citado art. 39, corresponde precisar que el razonamiento del a quo y la conclusión a la que llegó (en lo relativo al tributo previsto en los arts. 243, 248 y cctes. del Código Fiscal —actuales arts. 333 y 338—), se ajusta a la reiterada jurisprudencia de esta Corte establecida en los precedentes citados en el considerando que antecede.

En efecto, la pretensión tributaria local de gravar tal uso diferencial con la gabela indicada “constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación (incs. 13, 14, 18 y 32 del art. 75 de la Constitución Nacional), 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

art. 31 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 137:212)” (conf. Fallos: 320:162, considerando 9°).

13) Que, por otra parte, deben desestimarse los agravios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto aduce que la actora no presta un servicio público —y por ende, que no le resulta aplicable el art. 39— puesto que es una empresa privada que desarrolla su actividad en un régimen de competencia.

14) Que al respecto no puede dejar de considerarse que la Constitución Nacional, con el objeto de la protección de los derechos de consumidores y usuarios, impone a las autoridades el deber de proveer a “la calidad y eficiencia de los servicios públicos” y dispone que la legislación establecerá “los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control” (art. 42). Como se observa, en modo alguno el texto constitucional determina que resulte una característica esencial de los servicios públicos que éstos deban ser prestados por entes estatales ni en condiciones monopólicas. El constituyente de 1994 ha contemplado los servicios públicos poniendo el acento en el interés y en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, tal como resulta de manera elocuente, por lo demás, del primer párrafo del citado art. 42; y ha dejado librado al criterio del legislador —siempre que se asegure la calidad y eficiencia del servicio bajo un marco regulatorio adecuado y con organismos de control pertinente— determinar la naturaleza de la persona o personas —estatal, pública, mixta o privada— que tendrán a su cargo la prestación del servicio y las condiciones bajo las cuales se la llevará a cabo.

15) Que, por ende, a los fines del caso en examen, el hecho de que el servicio de telecomunicaciones sea prestado por diversas empresas privadas en un régimen de competencia —con una minuciosa regulación— no altera la calidad de servicio público reconocido a aquél por la ley 19.798 ni excluye la protección dada por el legislador a través del art. 39 de ese ordenamiento.

16) Que asimismo cabe poner de relieve que mediante la resolución 4166/99 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación se otorgó a la actora la correspondiente licencia para prestar el servicio de telefonía básica local, ampliado luego por las resoluciones 132/01 y 167/02 para

los servicios de telefonía de —larga distancia - nacional e internacional— y de telefonía pública.

En tales condiciones resulta inatendible el intento argumental de la demandada tendiente a descalificar la validez de la sentencia bajo el argumento de que la actora no presta un servicio público de telecomunicaciones.

17) Que, sentado lo que antecede, no obsta a la aplicación de la dispensa el hecho de que NSS S.A. utilice sus instalaciones para prestar, paralelamente al servicio público de telecomunicaciones, otros cuya categoría jurídica, en principio, sería diversa de aquélla.

En efecto, según ha sido señalado reiteradamente por el Tribunal, la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 308:1745; 312:1098; 313:254). Concordemente, en materia de exenciones, se ha establecido que ellas deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia de las normas que las establezcan (Fallos: 277:373; 279:226; 283:61; 284:341; 286:340; 289:508; 292:129; 302:1599) y que su interpretación debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general de las leyes y los fines que las informan (Fallos: 285:322, entre otros).

18) Que ni de la letra de la ley ni de la intención del legislador federal surge que las empresas cuyas instalaciones ocupen el espacio del dominio público local para ser empleadas en el servicio de telecomunicaciones que la autoridad nacional competente ha considerado que reviste carácter de público, se vean privadas del beneficio que se encuentra en discusión —ni siquiera parcialmente— por el mero hecho de que aquellas instalaciones sirvan y sean empleadas, de manera concomitante, para brindar servicios adicionales, aunque éstos no encuadren en la categoría jurídica mencionada.

19) Que en ese orden de ideas, mal podría considerarse que el legislador ha circunscripto la dispensa únicamente al servicio público de telecomunicaciones conocido al momento de promulgación de la norma, en el mes de agosto de 1972, impidiendo que ella abarcara también a los demás servicios que, producto de la innovación tecnológica en la materia, pudieran inventarse. Por el contrario, la intención del

legislador fue la opuesta, y ello surge con claridad a poco que se repare que el segundo párrafo de la nota que acompañó el proyecto de ley manifiesta que “El propósito fundamental de este proyecto es adaptar la legislación a la realidad de nuestro país proponiendo al más fluido manejo de los sistemas de comunicaciones y a su racional utilización, ya sea en los antiguos como en los modernos medios de que dispone la técnica, o en otros a crearse” (subrayado añadido).

20) Que, en consecuencia, debe advertirse que el resultado al que se llegaría de seguirse la tesis propuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires implicaría vaciar de contenido útil a la franquicia por la circunstancia de que la evolución técnica habida desde la sanción de la ley 19.798 hasta estos días permite que, además del servicio público de telefonía, las instalaciones mencionadas sirvan para ofrecer y desenvolver servicios adicionales a los conocidos en ese momento, y con olvido de que —como se señaló en el considerando 14— en el examen de esta cuestión no debe prescindirse del interés de los usuarios y consumidores de contar con servicios de calidad y eficiencia.

21) Que en relación con lo expuesto, cabe señalar —como lo destaca la señora Procuradora Fiscal en su dictamen— que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no alegó, ni mucho menos demostró, que la prestación de los demás servicios requieran instalaciones diferenciadas, o que impliquen un uso distinto o más amplio del espacio del dominio público que el necesario para la prestación del servicio público de telefonía.

22) Que con relación a lo expuesto cabe destacar por último que no se halla en tela de juicio el poder de policía o de jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires en su propio ámbito, sino que la controversia reside en determinar si los poderes de policía y de imposición reconocidos a ella por la Constitución Nacional pueden menoscabar o dificultar el ejercicio, por parte de las autoridades federales competentes, de los poderes que las provincias delegaron en la Nación para el logro de propósitos de interés general (confr. Fallos: 297:236). Ciertamente es que, en tanto los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121 de la Constitución Nacional) y los delegados a la Nación son definidos y expresos, pero no lo es menos que estos últimos no constituyen meras declaraciones teóricas, sino que necesariamente han de considerarse munidos de todos los medios y posibilidades de instrumentación indispensables para la consecución real y efectiva de los fines para los

cuales se instituyeron tales poderes, en tanto estos se usen conforme a los principios de su institución. De no ser así, aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron (arg. Fallos: 304:1186).

A ello cabe agregar que los poderes de policía e imposición locales no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional (arg. Fallos: 263:437 y 329:2975), ni justificar la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación (Fallos: 257:159; 270:11).

23) Que, por otra parte, en lo atinente a la tasa por el estudio, revisión e inspección de obras en la vía pública, la situación difiere de la examinada precedentemente.

En efecto, ésta es un gravamen cuyo hecho imponible se integra con la actividad estatal consistente en tareas de análisis, estudio, revisión y la inspección final de una serie de obras llevadas a cabo en instalaciones ubicadas en la vía pública por empresas prestadoras de diversos servicios.

24) Que como bien lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, una lectura apresurada del art. 249 del Código Fiscal de 2000 puede llevar al error de pensar que lo concretamente gravado es la solicitud de “permisos para ocupar la vía pública”, o bien “la ocupación del subsuelo”.

Sin embargo, es claro que el gravamen prescinde del hecho de la ocupación del dominio público, pues toma en cuenta, en forma exclusiva, un conjunto de actividades que preceptivamente debe realizar el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio de su innegable poder de policía local y como encargado de la custodia de los bienes de su dominio público, consistentes en estudiar el plan de trabajos en la vía pública que le presenten las empresas que los llevarán a cabo, como así en aprobarlos o no, en revisar las instalaciones, y en verificar los trabajos de cierre definitivo de las aperturas que se hayan hecho en la calzada (confr. arts. 37 y 38 de la ley 321, tarifaria para el año 2000, coincidente —en lo sustancial— en la calificación de los diversos servicios retribuidos por la tasa con los arts. 44 y 45 del anexo de la ley 4470, tarifaria para el ejercicio 2013).

Es decir, mediante esta tasa no se está gravando el uso diferenciado del dominio público —que cuenta con la exención del citado art. 39 de la ley 19.798— sino que se trata de una contribución vinculada con la prestación de los servicios a los que se hizo referencia, y respecto de la cual no se advierten motivos que obsten a su validez.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario en los términos que surgen de la presente y se confirma la sentencia, excepto en lo relativo al punto tratado en los considerandos 23 y 24, aspecto en el que se la revoca. Las costas de todas las instancias se imponen de acuerdo con los respectivos vencimientos (arts. 71 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la presentación directa a los autos principales, notifíquese y devuélvase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por: **el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**, representado por la **Dra. Luciana Costantini**, con el patrocinio de la **Dra. Patricia Boskovich**.

Traslado contestado por **NSS S.A.**, representada por el **Dr. Pablo E. Mayer**, con el patrocinio de los **Dres. Calixto M. Zabala y María Inés Marini**.

Recurso de hecho interpuesto por **el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**, representado por la **Dra. Luciana Constantini**.

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

Intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 6**.

SOLDANO, DOMINGO c/ EN LEY 26.095 M° PLANIFICACION
RESOL. 2008/06 Y OTRO S/ AMPARO LEY 16.986

AUDIENCIA PUBLICA

Cabe revocar la sentencia que invalidó las resoluciones del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y del Ente Re-

gulador del Gas, por haberse dictado sin que se hubiera convocado a la audiencia pública prevista en el decreto 1216/06, pues tales resoluciones impugnadas, en cuanto definen los cargos específicos para solventar las obras de ampliación de la infraestructura energética, sin que sea imperativo convocar a audiencia pública con anterioridad a su dictado, no pueden ser tildadas de arbitrarias.

AUDIENCIA PUBLICA

Cabe revocar la sentencia que invalidó las resoluciones del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y del Ente Regulador del Gas, por haberse dictado sin que se hubiera convocado a la audiencia pública prevista en el decreto 1216/06, pues no se configura en el caso ninguna de las circunstancias reguladas en la ley 24.076 que requiera la obligatoriedad de la convocatoria a la audiencia pública, la cual se encuentra prevista para aquellos casos que, de algún modo, provocan una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios, situación diferente a la del caso, en el cual, aun cuando tienen naturaleza tarifaria no remuneran a los transportistas y distribuidores sino que están destinados a obras de infraestructura no contempladas en los contratos respectivos.

OBRAS PUBLICAS

Las facultades atribuidas por la ley 26.095 al Poder Ejecutivo para fijar el valor de los cargos específicos y determinar su asignación entre los distintos fondos' fiduciarios constituidos o a constituirse destinados a la ampliación de obras de infraestructura energética no aparecen como manifiestamente arbitrarias o ilegítimas, motivo por el cual deben desecharse las observaciones de carácter constitucional que se fundan en la naturaleza tributaria de tales cargos y en la consecuente violación al principio de reserva de ley que rige en aquella materia.

-Del precedente E.280.XLV "Establecimiento Liniers S.A c/E.N- ley 26.095- Ministerio de Planificación" del 11/06/2013, al que la Corte remite.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 192/198 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I), por mayoría, confirmó parcialmente lo decidido por la jueza de primera instancia que hizo lugar al amparo entablado por Domingo Soldano contra el Estado Nacional en lo que se refiere a la invalidez de las resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y 3689/07 del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) por haber sido dictadas omitiendo la convocatoria a la audiencia pública prevista en el decreto 1216/06.

Para así resolver, el juez Pedro Coviello -quien conformó la mayoría-, remitió al voto que había emitido en adhesión al del doctor Buján en las sentencias del 8 de agosto de 2008 dictadas por la Sala I de la misma Cámara en las causas “INTA S.A.” y “Establecimiento Liniers”, donde ambos consideraron admisibles las acciones de amparo planteadas como vía idónea para demandar y sostuvieron que los cargos específicos creados por la ley 26.095 constituían un componente de la tarifa y, por lo tanto, carecían de naturaleza tributaria.

Aquel magistrado señaló, sin embargo, que, a diferencia de esos casos, en la presente causa existía la particularidad del cuestionamiento puntual a la falta de audiencia pública -prevista en el decreto 1216/06- que había efectuado el actor en el escrito de inicio y en las contestaciones de agravios a los recursos de apelación del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) y del Estado Nacional.

Con relación a tal planteo, puntualizó que el Poder Ejecutivo Nacional se autolimitó en el ejercicio de sus potestades, al instruir al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para que, por intermedio de la Secretaría de Energía o de los Entes Reguladores, convocara a una audiencia pública con el objeto de fijar el valor de los cargos específicos cuando las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por dicha ley así lo requiriese (art. 5° del decreto 1216/06 -reglamentario de la ley 26.095-). Por ese motivo, entendió lógico que el Poder Ejecutivo se desligara de tal autolimitación dictando otra norma que la derogara.

Puso de relieve, además, que aun cuando el art. 42 de la Constitución Nacional no instituyó, en rigor, el procedimiento de la audiencia

pública -sino la necesidad de una modalidad de participación que podría reclamarse a las autoridades, fuera o no de esa manera-, si la norma infraconstitucional estatuye una forma de participación ciudadana especificada como tal, resulta imperativo sujetarse a ella.

En ese sentido, consideró que era manifiesto que el Poder Ejecutivo había optado, en el marco del ejercicio de una potestad propia, por disponer que se realizara dicha audiencia, la que se justificaba, según los considerandos del decreto 1216/06, en la necesidad de incrementar el nivel de protección de los usuarios y, en concordancia con lo previsto en la ley 25.152, para promover la participación ciudadana.

Por ello, sostuvo que, al constituir la audiencia pública uno de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico (art. 7º, inc. f, de la ley 19.549), no era posible que un órgano subordinado al Poder Ejecutivo dejara de observar la orden expresa de aplicar una forma predeterminada antes de establecer el valor de los cargos fijos, motivo por el cual declaró, por haberse violado el procedimiento esencial imperativamente previsto en la norma reglamentaria, la nulidad de las resoluciones MPFIPyS 2008/06 y ENARGAS 3689/07 (art. 14, inc. b, de la ley 19.549).

El doctor Jorge Morán, por el contrario, estimó -remitiendo al fallo que había dictado en una cuestión análoga a la presente- que correspondía revocar la sentencia apelada y desestimar la acción de amparo deducida por resultar improcedente dicha vía.

Por su parte, el doctor Galli, en lo pertinente, dijo que el recaudo previsto en el art. 5º del decreto 1216/06 de convocar a una audiencia pública resultaba insoslayable y esencial para la validez de la tarifa en cuestión.

Ello es así -argumentó-, toda vez que la celebración de la audiencia pública no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, al igual que un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino también una vía con la que pueden contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el art. 43 de la Constitución Nacional.

-II-

Contra tal pronunciamiento, el Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y el ENARGAS dedujeron los recursos extraordinarios de fs. 203/222 y 224/265, los que

fueron concedidos a fs. 292 por debatirse acerca de la validez y alcance de disposiciones federales, en tanto fue denegado el recurso del Estado Nacional por la causal de arbitrariedad sin que este último dedujera la pertinente queja.

El Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en su recurso extraordinario de fs. 203/222 alegó que: (i) la sentencia es arbitraria por estar indebidamente fundada y ser autocontradictoria; (ii) la materia debatida trasciende el interés público, toda vez que lo resuelto afecta a toda la comunidad al propiciar el desfinanciamiento de una obra de infraestructura energética cuya ejecución es necesaria para el desarrollo de la actividad industrial; (iii) la cuestión planteada no es de aquellas que requieran el cumplimiento de audiencia pública; (iv) la convocatoria resulta innecesaria dado que el legislador fijó especialmente que el valor de los cargos debe ser ponderado de acuerdo con la magnitud de la inversión que demanda la obra; (v) la ley 24.076 no es aplicable por cuanto el régimen de cargos específicos constituye un sistema autónomo que se rige por su propia normativa; (vi) la ley 26.095 no ha fijado la obligación de la audiencia pública como presupuesto para la aplicación del cargo y el art. 5° del decreto 1216/06, aun cuando alude a la convocatoria de una audiencia pública en aquellos casos en que las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por aquella ley así lo requiera no varía la solución, pues en la ley 24.076 la audiencia pública no es una etapa obligada como regla general para todas las cuestiones donde interviene el ENARGAS sino que, por el contrario, tiene carácter excepcional y por dicha razón, salvo los casos taxativamente previstos, en los demás supuestos la decisión de convocarla depende de un juicio de oportunidad, mérito y conveniencia que concierne al ente regulador, y (vii) la audiencia pública es uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos previstos en el art. 42 de la Constitución Nacional y ante la ausencia de norma que exija la convocatoria ésta no es obligatoria.

Por su parte, el ENARGAS, en el recurso extraordinario de fs. 224/265 sostuvo que: (i) en la sentencia se declara la invalidez de las resoluciones del MPFIPyS 2008/06 y del ENARGAS 3689/07 sin efectuar un análisis completo, profundo y abarcador de todos los temas que fueron objeto del recurso planteado contra la decisión de primera instancia; (ii) en los distintos votos del pronunciamiento se esgrimen argumentos contradictorios aunque forzosamente ajustados entre sí para poder conformar la mayoría necesaria a los efectos de la sentencia definitiva; (iii) como consecuencia de dicha resolución se pone en riesgo el financiamiento y la continuidad de las obras de ampliación

de capacidad de transporte, de la cual se beneficia toda la población y se frustra el desarrollo del plan energético a nivel nacional y (iv) los magistrados se han colocado por encima de los poderes legislativo y ejecutivo al imposibilitarles a estos últimos la misión de impedir que el país se aproxime a una crisis energética.

-III-

Ante todo, estimo que los recursos interpuestos son formalmente admisibles, toda vez que se halla en tela de juicio la inteligencia de normas federales y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido adversa a la pretensión que los recurrentes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3°, ley 48).

Es preciso resaltar que, en ese sentido, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros), circunstancia que impone examinar la interpretación que realizó el juzgador de las normas aplicables al litigio.

-IV-

De modo preliminar, corresponde destacar que esta Procuración se pronunció sobre la naturaleza jurídica de los cargos específicos y la constitucionalidad de la ley 26.095 en el dictamen fecha 4 de agosto de este año en la causa E.280.XLIV, "Establecimiento Liniers S.A. c/ Estado Nacional - Ley 26.095 - Ministerio de Planificación -Resol. 2008/06 y otros s/ amparo ley 16.986", a cuyos fundamentos y conclusiones, en lo que fueren aplicables a este caso, cabe remitir por razón de brevedad.

Sentado lo expuesto corresponde examinar, a la luz de los agravios esgrimidos en los recursos planteados, si la sentencia recurrida se ajusta a derecho en cuanto hace lugar a la pretensión del actor que cuestiona la legitimidad de las resoluciones MPFIPyS 2008/06 y ENARGAS 3689/07, sobre la base de resultar lesiva al principio del debido proceso, la omisión de convocar la audiencia pública -en los términos en que lo prevé el decreto 1216/06- como paso previo a fijar los cargos específicos.

Corresponde tener presente que el amparo es un proceso excepcional, como lo ha declarado reiteradamente el Tribunal en conocidos precedentes, entre los que cabe mencionar, entre muchos otros, el de

Fallos: 306:1253 y sus numerosas citas. Se dijo allí -doctrina que no ha sido modificada por la reforma constitucional de 1994- que si el acto u omisión se sustentan en una norma general -ley, decreto, ordenanza, etc.- no exhibe, como regla, arbitrariedad o ilegalidad notorias.

En mi opinión se configura en esta causa el supuesto a que se ha aludido en último término, desde que las resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios -que aprobó lo actuado por la Secretaría de Energía y el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) en relación a los cargos específicos establecidos en la ley 26.095 destinados a repagar las obras de ampliación de la capacidad de transporte de gas natural 2006-2008- y 3689/07 del ENARGAS -que establece los cargos específicos definitivos de conformidad con la resolución anterior- se sustentan en las disposiciones de la ley 26.095.

En efecto, el Poder Ejecutivo, por el decreto 1216/06, reglamentario de la ley 26.095, dispuso, a los fines del art. 4° de este ordenamiento legal, que el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con la asistencia técnica de la Secretaría de Energía y de los respectivos Entes Reguladores, fijaría el valor y el correspondiente ajuste de los cargos con afectación específica al desarrollo de los proyectos de infraestructura a fin de atender el repago de las inversiones y cualquier otra erogación que se devengue con motivo de la ejecución de las aludidas obras (art. 4°) y para tal efecto instruyó a dicho Ministerio con el fin de que, por intermedio de la Secretaría de Energía o de los Entes Reguladores en aquellos casos que las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por la ley 26.095 así lo requiriese, convocara a una audiencia pública, la que debía celebrarse previamente a la fijación del valor de los cargos específicos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior (art. 5°).

De tal modo, y sobre la base de efectuar una interpretación armónica e integrativa de las normas en juego, y toda vez que el decreto citado, en su art. 4°, establece un reenvío a “las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por la ley 26.095”, las resoluciones impugnadas no aparecen como manifiestamente ilegales o arbitrarias, ya que las industrias afectadas por la creación de los cargos específicos son aquellas cuyos marcos regulatorios fueron aprobados por las leyes 24.065, 24.076 y 26.020, de los que no surge la obligatoriedad de realizar audiencias públicas con carácter previo al establecimiento de aquéllos. En efecto, la primera, en lo que hace a tarifas (que es en lo que en el caso nos interesa), sólo requiere la celebración de aquélla en los supuestos de los arts. 46 y 48, que la exigen cuando los transpor-

tistas y distribuidores soliciten al ENRE las modificaciones tarifarias que consideren necesarias, si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas, y cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia de particulares, el ente considere que existen motivos razonables para alegar que la tarifa de un transportista o distribuidor es injusta, irrazonable, indebidamente discriminatoria o preferencial. La ley 24.076, por su parte, en términos similares, la impone en sus arts. 46, cuando los transportistas, distribuidores y consumidores soliciten al ENARGAS las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación que consideren necesarias si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas, y 47, en los casos en que el mismo ente considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias de particulares, que existen motivos para considerar que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuada, indebidamente discriminatoria o preferencial. La tercera ley no hace referencia alguna a audiencias públicas. De la lectura de todas estas disposiciones se advierte que no se configura ninguna de las circunstancias claramente reguladas en las leyes para que se requiera la obligatoriedad de la audiencia. En efecto, esta última se encuentra prevista en las normas señaladas para aquellos casos en los que, de algún modo, implican una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios, situación completamente diferente al caso sub examine en el cual -como se dijo en el dictamen de la causa “Establecimientos Liniers” indicado- los cargos específicos aun cuando tienen naturaleza tarifaria no remuneran la prestación del servicio sino que están destinados a obras de infraestructura no contemplados en los contratos respectivos. Por lo demás, el art. 4° de la ley 26.095 dispuso que el valor de los cargos específicos debe ponderarse de acuerdo a la magnitud de la inversión que demanda la obra y estableció, a los fines de fiscalizar tales inversiones, un mecanismo de control legislativo, mediante la presentación ante ambas Cámaras del Congreso de un informe trimestral (art. 8°).

Procede señalar, finalmente, que no corresponde al Poder Judicial pronunciarse sobre las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por otros poderes del Estado para adoptar las decisiones que les son propias (por ejemplo, decidir discrecionalmente si utilizan el procedimiento de audiencia pública en casos en los que no existe norma legal que la requiera). Las resoluciones impugnadas, en cuanto definen los cargos específicos para solventar las obras de ampliación de

infraestructura energética sin que sea imperativo convocar a audiencia pública con anterioridad a su establecimiento, y mantienen el sistema de control de las Cámaras del Congreso de la Nación sobre la conformación y aplicación de aquéllos, no pueden ser tildadas de manifiestamente ilegítimas y arbitrarias, en los términos que exige la Constitución Nacional y la ley 16.986 para la procedencia del amparo.

Por lo hasta aquí expuesto, opino que corresponde hacer lugar a los recursos extraordinarios y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 26 de noviembre de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de julio de 2014.

Vistos los autos: “Soldano, Domingo c/ EN – ley 26.095- M° de Planificación – resol. 2008/06 y otro s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia sólo en cuanto había declarado la invalidez de las resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y 3689/07 del Ente Nacional Regulador del Gas, por haber sido dictadas sin que se hubiera convocado a la audiencia pública prevista en el decreto 1216/06.

2°) Que contra dicha sentencia el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 205/222 vta. y 228/265 respectivamente, que fueron bien concedidos por el a quo en cuanto en ellos se ha puesto en tela de juicio la validez y el alcance de disposiciones de índole federal. Cabe señalar que el recurso del Estado Nacional fue denegado parcialmente, en tanto se tachaba de arbitraria a la sentencia, sin que se hubiera interpuesto queja por tal motivo.

3°) Que con relación a la naturaleza jurídica de los cargos específicos y a la constitucionalidad de la ley 26.095, corresponde remitirse

a lo resuelto por el Tribunal, el 11 de junio de 2013, en la causa E.280. XLIV “Establecimiento Liniers S.A. c/ EN – ley 26.095 – Ministerio de Planificación – resol. 2008/06 y otros s/ amparo ley 16.986”.

4°) Que, en cuanto al agravio referente a la falta de convocatoria a una audiencia pública, cabe destacar que el decreto 1216/06, reglamentario de la ley 26.095, dispuso que el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios —con la asistencia técnica de la Secretaría de Energía y de los respectivos Entes Reguladores— fijaría el valor y el correspondiente ajuste de los cargos con afectación específica al desarrollo de los proyectos de infraestructura, a fin de atender al repago de las inversiones y cualquier otra erogación que se devengara con motivo de la ejecución de las aludidas obras (art. 4°). A tales efectos, instruyó a dicho Ministerio para que, por intermedio de la Secretaría de Energía o de los Entes Reguladores, en aquellos casos que las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por la ley 26.095 así lo requiriese, convocara a una audiencia pública, la cual debía celebrarse previamente a la fijación del valor de los cargos específicos (art. 5°).

5°) Que, por su parte y en lo que al caso interesa, la ley 24.076 impone la obligación de realizar una audiencia pública cuando los transportistas, distribuidores y consumidores soliciten al ENARGAS las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación, que consideren necesarias (art. 46), y en los casos en que el ente considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias particulares, que existen motivos para considerar que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuada, indebidamente discriminatoria o preferencial (art. 47).

6°) Que de lo expuesto se advierte que no se configura nítidamente ninguna de las circunstancias reguladas en la ley 24.076 que requiera la obligatoriedad de la convocatoria a la audiencia pública. En efecto, esta última se encuentra prevista en la norma señalada para aquellos casos que, de algún modo, provocan una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios; situación diferente al caso sub examine en el cual —como se dijo en la causa “Establecimiento Liniers”—, los cargos específicos, aun cuando tienen naturaleza tarifaria, no remuneran a los transportistas y distribuidores sino que

están destinados a obras de infraestructura no contempladas en los contratos respectivos.

7°) Que, en consecuencia, las resoluciones impugnadas, en cuanto definen los cargos específicos para solventar las obras de ampliación de la infraestructura energética, sin que sea imperativo convocar a audiencia pública con anterioridad a su dictado, no pueden ser tildadas de arbitrarias.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca la sentencia apelada. Con costas por su orden. Notifíquese y remítase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por: **a) Estado Nacional – Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios**, representado por el **Dr. Alexis Sergio Bautista** y **b) Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS)**, representado por el **Dr. Osvaldo Felipe Pitrau**.

Traslado contestado por: **Domingo Soldano** representado por el **Dr. Francisco Daniel Soldano** y patrocinado por el **Dr. Gustavo V. Cingolani**.

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° 11**.

INDICE POR LOS NOMBRES DE LAS PARTES

A

- Aguas Argentinas c/ Municipalidad de Avellaneda s/ demanda declarativa con medida cautelar: p. 88
- Aguas Argentinas S.A. (TF 22765-I) c/ D.G.I.: p. 119
- Ami Cable Holding Ltd. y Otro s/ incidente: p. 97
- Arevalo, Martin Salomón s/ causa n° 11835: p. 637
- Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/ EN - JGM - SMC s/ amparo ley 16.986: p. 47
- Asociación de Bancos de la Argentina c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 822
- Asociart SA ART (TF 21213-I) c/ Dirección General Impositiva: p. 481
- Atencia, Mirta Cristina c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ art. 3 ley 24.043: p. 675
- ATVC y Otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios y Secretaría de Comunicaciones y Otros s/ proceso de conocimiento: p. 681

B

- Banco Columbia SA (TF 22697-I) c/ DGI: p. 486
- Banco Credicoop Cooperativo Limitado c/ Entre Ríos, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 234
- Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ DNCI disp. 622/05 (exp. 29184/02): p. 205
- Bozzano, Raúl José (TF 33056-I) c/ DGI: p. 58

- Bridas Austral SA c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - Dirección General Impositiva s/ Dirección General Impositiva: p. 373
- Bufete Industrial Argentina S.A. c/ EN - AFIP - DGI s/ Dirección General Impositiva: p. 123
- Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín y Otro s/ daños y perjuicios: p. 329

C

- C. M.E. y Otros c/ Estado Nacional INCUCAI resol. 69/09: p. 492
- Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y Otros s/ amparo: p. 388
- Castiglione, María Mercedes c/ EN - M° Economía - SF nota 2169/07 (expte. s01 131453/06) s/ proceso de conocimiento: p. 339
- Catamarca, provincia de c/ Caja Complementaria para la Actividad Docente s/ acción declarativa de certeza: p. 712
- Cerruti, Isabel Teresa c/ Benfield, Rebeca Celina s/ ordinario: p. 154
- CIPPEC c/ EN M° Desarrollo Social dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986: p. 256
- Claren Corporation c/ EN arts. 517/518 CPCC Exequatur s/ varios: p. 133
- Club Ferrocarril Oeste Asociación Civil s/ quiebra s/ incidente de apelación (designación de integrante de órgano fiduciario): p. 149
- Comisión Nacional de Valores c/ Papel Prensa SA s/ verificación: p. 291
- Comisión Nacional de Valores c/ Standard & Poor's Ratings LLC. suc. Argentina s/ organismos externos: p. 448

Compañía Inmobiliaria San Martín de Tours SA
c/ EN – AFIP – DGI – resol. 5/09 (RMCIO)
29/08 (DEV): p. 647

Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A.
c/ Chubut, provincia de y Otros s/ acción
declarativa: p. 23

Consumidores Financieros Asoc. Civil para su
defensa c/ Banco Itau Buen Ayre Argentina
S.A. s/ ordinario: p. 753

Consumidores Financieros Asociación Civil
p/s defensa c/ La Meridional Compañía
Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario:
p. 762

D

Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado
Nacional y Otro s/ proceso de conocimiento:
p. 307

Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes
de Buenos Aires (TBA) y Otro s/ amparo ley
16.986: p. 771

Demaría, Jorge Luis y Otros s/ causa n° 14.358:
p. 354

DGI (autos Lavezzari, Jose Luis -TF 21491-I)
c/ DGI: p. 346

Diario Perfil S.A. c/ AFIP - DGI s/ Dirección
General Impositiva: p. 62

Duich Dusan, Federico c/ CEMIC Centro de
Educación Medica e Investigaciones Clínicas
Norberto Quirno s/ amparo: p. 471

E

Empresa Argentina Generadora y Com. de
Señales LLC c/ Cablevisión SA (JZ Circuito
11 – Miami - Florida) s/ exhorto: p. 735

F

Fama, Juan Jose Osvaldo c/ Estado Nacional -
Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos
Humanos - Policía Federal Argentina s/
ordinario: p. 740

Felez, Gerónimo y Otros c/ San Juan, provincia
de s/ expropiación inversa: p. 469

Fraille, Diana y Otros c/ Provincia de Buenos
Aires s/ demanda contencioso adm.: p. 574

G

Granillo Ocampo, Raul Enrique y Otros
s/ recurso de queja: p. 37

J

Johnsondiversey de Argentina S.A. c/ Buenos
Aires, provincia de s/ acción declarativa de
inconstitucionalidad: p. 813

José y Salvador Sirica s/ apela multa: p. 843

K

K., C. N. c/ OSECAC s/ acción de amparo:
p. 654

L

L., E. S. c/ Centro de Educación Médica e
Investigaciones Clínicas Norberto Quirno
(CEMIC) s/ amparo: p. 580

Louge, Armando Beltrán y Otro c/ Gobierno de
su Majestad Británica s/ daños y perjuicios:
p. 731

Luna, Javier Alejandro s/ causa n° 11.919:
p. 542

M

Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional M° de
Econ. y Obr. y Serv. Publ: p. 548

Malossi, Noemí Adriana c/ E.N.A. - O.N.A.B.E.
s/ prescripción adquis: p. 850

Mansilla, Carlos c/ Fortbenton Co Laboratories
S.A. s/ despido: p. 179

Miracle Mile SA (TF 21.150-I) c/ DGI: p. 692

Moneta, Raúl Juan Pedro y Otros s/ recurso de
casación: p. 659

Monner Sans, Ricardo c/ EN - Secretaría
General Presidencia y Otros s/ amparo ley
16.986: p. 166

Muñoz, Carolina Marite y Otro s/ robo calificado
etc: p. 505

N

NSS SA c/ GCBA s/ proceso de conocimiento:
p. 858

O

Obra Social de Docentes Particulares
c/ Fundación Santa: p. 518

Orpianesi, Martín Miguel c/ EN M° Justicia SSI
GN disp 162/99 335/99 s/ personal militar y
civil de las FFAA y de Seg: p. 112

Otilio, Roque Romano s/ pedido de
enjuiciamiento: p. 590

P

P. L., J. M. c/ I.O.M.A. s/ amparo - rec.
extraordinario de nulidad e inaplicabilidad
de ley: p. 222

P.T., G. c/ Administración Nacional de la
Seguridad Social s/ pensiones: p. 191

Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.Se.S. s/ acción
de amparo: p. 530

Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/
quiebra: p. 315

R

R., A. A. y Otro c/ OSDE y Otro s/ amparo:
p. 45

ROCH S.A. c/ DGA s/ recurso: p. 703

S

Schoo Devoto de Marino, Susana Enriqueta
Elena c/ D.N.V. s/ expropiación: p. 70

Sisnero, Mirtha Graciela y Otros c/ Taldelva
SRL y Otros: p. 611

Soldano, Domingo c/ EN ley 26.095 M°
Planificación resol 2008/06 y Otro s/ amparo
ley 16.986: p. 877

U

Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN M° V
E inf. Sec. Transporte dto 104/01 y Otros s/
amp. proc. sumarísimo art 321. inc. 2 CPC y
C: p. 790

Unión de Usuarios y Consumidores c/
Telefónica Comunicaciones Personales SA
ley 24.240 y Otro s/ amp. proc. sumarísimo
(art. 321 inc. 2 C.P.C. y C.): p. 196

Unión Personal de Fábricas de Pinturas y
Afines R.A. c/ Colorín Industria de Materiales
Sintéticos S.A. s/ ejecución fiscal: p. 748

Universidad Nacional de Río Cuarto c/
Córdoba, provincia de y Otro s/ acción
declarativa de inconstitucionalidad: p. 627

V

Velárdez, Julio Cesar c/ Jasnís y Basano S.A.
s/ ordinario: p. 567

Y

Yurquina, Jalil Milagro y Otros c/ Programa de
P.P. de Telecom Arg. Stet France Tel. S.A. y
Otro s/ ordinario: p. 77

Z

Zito, José Mario c/ EN - M° Defensa - EMGE -
dto. 1056/08 s/ personal militar y civil de las
FFAA y de Seg.: p. 365

INDICE GENERAL

TOMO 337

VOLUMEN I

	Pág.
Discurso de apertura del año judicial 2014	5
Acordadas y Resoluciones	17
Fallos de la Corte Suprema	23
Febrero	23
Marzo	119
Abril	329
Mayo	481
Junio	675
Julio	813
Indice por los nombres de las partes	(I)

VOLUMEN II

	Pág.
Acordadas y Resoluciones	895
Fallos de la Corte Suprema	901
Agosto	901
Septiembre	993
Octubre	1081
Noviembre	1245
Diciembre	1361
Indice por los nombres de las partes	(VII)

